

DER BEGRIFF DES STÖRERS
NACH DEUTSCHEM UND
SCHWEIZERISCHEM
POLIZEIRECHT

Lutz Bergmann

1967

DER BEGRIFF DES STÖRERS
NACH DEUTSCHEM UND SCHWEIZERISCHEM
POLIZEIRECHT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
an der Hohen Juristischen Fakultät
der Universität Basel

eingereicht von
Lutz Bergmann
von Lörrach

Basel 1967



Tag der mündlichen Prüfung:

1. Dezember 1967

Referent:

Professor Dr. Kurt EICHENBERGER

Korreferent:

Privatdozent Dr. Alfred KUTTNER

Präsident:

Professor Dr. Max IMBODEN

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXVIII
Zitierweise	XL
 EINLEITUNG	 1
 ERSTER TEIL: Die gemeinsamen Grundlagen für den Verhaltens- und den Zustandsstörer	 3
 § 1 Die Polizei und der Einzelne in der Geschichte	 3
I. Im Altertum	3
II. Im Mittelalter	4
III. Die Aufklärung	7
IV. Die Grundrechte in der Schweiz und in Deutschland	9
 § 2 Die Geltung der polizeilichen-Generalklausel	 12
I. In Preußen	12
II. In den süddeutschen Ländern	13
III. Die neuere Entwicklung in Deutschland	14
IV. In der Schweiz	15
V. Im Kanton Basel-Stadt	18
VI. Im Kanton Aargau	20
VII. Ergebnis und Würdigung	21
 § 3 Die polizeiliche Inanspruchnahme von Personen	 26
I. Die Subsidiarität dieser Maßnahme	26
II. Die Arten der polizeilichen Verantwortlichkeit	27
1. Der Störer im allgemeinen	27
2. Der erfaßte Personenkreis	28

IV

a. Die natürlichen Personen	28
b. Die juristischen Personen des Privatrechts	30
c. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts	31
3. Der Verhaltensstörer	36
a. Der Begriff des Verhaltens	36
b. Die Frage der Aufrechterhaltung des Begriffs "Handlungsstörer"	38
c. Die Verursachung der Störung	39
4. Die Verantwortlichkeit neben Abhängigen	40
a. Der Sorgeberechtigte	40
b. Der Dienstherr	41
c. Die Frage der Übernahme des Begriffs "Zusatzhaftung"	42
5. Der Zustandsstörer	43
6. Das Zusammentreffen mehrerer Störer	48
a. Die Möglichkeiten	48
b. Die Auswahl eines Störers und deren Nachprüfung durch den Verwaltungsrichter	48

III. Der polizeiliche Notstand	55
1. Der Ausgangspunkt	55
2. Die Abgrenzung von den anderen Notständen	55
3. Die Voraussetzungen	57
4. Ein "Ausnahmefall", dargestellt an einer deutsch-schweizerischen Kontroverse	62

§ 4 Die Kausalität und deren Theorien	68
---------------------------------------	----

I. Der Begriff des Kausalzusammenhangs	68
II. Die Kausalität der Unterlassung	69
III. Die Kausalitätstheorien	71
1. Die Notwendigkeit der Einschränkung	71
2. Die Bedingungstheorie	72
a. Die theoretische Grundlegung	72
b. Der Geltungsbereich	73
3. Die individualisierenden Kausalitätstheorien	74
4. Die Adäquanztheorie	75

a. Die verschiedenen Ausgestaltungen	75
b. Der Geltungsbereich	77
5. Die Theorie von der "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges"	80
IV. Die Kausalität im öffentlichen Recht	81
1. Die allgemeine Lage	81
2. Die Bedeutung der Kausalität für den Begriff des Verhaltensstörers	83
V. Die Wandlungen in der Betrachtung der Kausalität	84
1. Im Straf- und Zivilrecht	84
2. Die Konsequenzen für das Polizeirecht, insbesondere für den Begriff des Verhaltensstörers	86
§ 5 Das Verursachungsprinzip	88
I. Die Anhänger des Verschuldensprinzips	88
II. Die Anhänger des Verursachungsprinzips	91
III. Zwei Sonderfälle als Ausnahmen	96
1. Das Polizeistrafrecht (Schweiz)	96
2. Die Auswahl eines Störers (Deutschland)	97
ZWEITER TEIL: Die bisherigen Versuche, den Begriff des Verhaltensstörers zu definieren	99
§ 6 Die Bedingungstheorie	99
I. Der Ansatzpunkt	99
II. Die Konsequenzen einer Anwendung der Bedingungstheorie	99
III. Ihr Ausschluß durch das Verursachungsprinzip	100
§ 7 Die unbestimmten Theorien	102
I. Die Entwicklung aus dem "Lebenskreis"	102
II. Die Herleitung aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	103

§ 8	Die individualisierenden Kausalitätstheorien	106
I.	Die Theorie von der ausschlaggebenden Bedingung	106
II.	Die Theorie von der wesentlichen Bedingung	108
III.	Die Theorie von der Hauptursache	109
IV.	Die Brauchbarkeit dieser Theorien	110
V.	Die Theorie von der letzten Bedingung	112
§ 9	Die Theorie vom unmittelbaren Verhalten	116
I.	Die ursprüngliche Theorie	116
II.	Die Theorie vom Zweckveranlasser	122
III.	Die Würdigung der Theorie vom unmittelbaren Verhalten	126
1.	Der Sonderfall des Zweckveranlassers	126
a.	Die tatsächlichen Gegebenheiten	126
b.	Die Berücksichtigung des Verschuldens	127
c.	Die "zwingende" Folge	128
2.	Der Normalfall des unmittelbaren Verhaltens	129
a.	Die Unmittelbarkeit als Setzen der letzten Bedingung	129
b.	Das "unmittelbare Überschreiten der Gefahrgrenze"	131
c.	Die Praxis im allgemeinen	132
d.	Die Praxis im besonderen: Das "Konkretisieren einer latenten Gefahr"	132
e.	Das Verhältnis zur Ausnahme des Zweckveranlassers	134
§ 10	Die sogenannte "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges"	135
I.	Die Vertreter der Lehre	135
II.	Die Verwendbarkeit der Lehre	136
§ 11	Die Adäquanztheorie	138
I.	Die Anhänger der Adäquanztheorie im Schrifttum	138
II.	Die Praxis und die Adäquanztheorie	141
III.	Die Kritik an der Adäquanztheorie	144

VII

1. Der Gefahrbegriff	144
2. Die Berücksichtigung der subjektiven Seite	146
3. Die Generalisierung	149
4. Die nicht lösbaren Fälle	151
5. Die Adäquanztheorie als Haftungstheorie	153
§ 12 Die Theorie vom sozialadäquaten Verhalten	154
I. Der Inhalt der Theorie	154
II. Die Tauglichkeit der Theorie	155
1. Die Verwandtschaft mit anderen Theorien	155
2. Die Theorie beim Zweckveranlasser	156
III. Der Ausgangspunkt für das weitere Vorgehen	156
DRITTER TEIL: Die Entwicklung eines eigenen Lösungsvorschlages	158
§ 13 Die Ergebnisse des ersten und zweiten Teiles	158
I. Die Resultate für den Störer im allgemeinen	158
1. Die polizeiliche Generalklausel	158
2. Der Personenkreis, der für die Störer-Eigenschaft in Betracht kommt	158
3. Der polizeiliche Notstand	159
4. Das Problem des Verschuldens	160
5. Die Bedeutung der Kausalität	160
II. Der Befund für den Verhaltensstörer im besonderen	161
1. Die Bedingungstheorie	161
2. Die unbestimmten Theorien	161
3. Die individualisierenden Kausalitätstheorien	161
4. Die Theorie vom unmittelbaren Verhalten	162
5. Die Theorie von der "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges"	162
6. Die Adäquanztheorie	163
7. Die Theorie vom sozialadäquaten Verhalten	163

§ 14	Die Problematik beim Zustandsstörer	164
I.	Die Grundfälle und der Zustandsstörer	164
II.	Die Entscheidung ohne Verwendung besonderer Kriterien	165
III.	Ergebnis und Vergleich mit dem Verhaltensstörer	166
§ 15	Der vorgezeichnete Weg	167
I.	Im schweizerischen Polizeirecht	167
II.	Im deutschen Polizeirecht	170
III.	Folgerungen für den weiteren Gang der Erörterung	173
	1. Aus dem schweizerischen Polizeirecht	173
	2. Aus dem deutschen Polizeirecht	173
§ 16	Das Verhältnis von Polizeiwidrigkeit und Rechtswidrigkeit	174
I.	Die Polizeiwidrigkeit als besondere Form der Rechtswidrigkeit	174
II.	Die Gleichsetzung beider	174
III.	Die Unvereinbarkeit beider Ansichten mit dem Polizeirecht	175
IV.	Die Pflicht des Eigentümers, sein Eigentum in polizeimäßigem Zustande zu erhalten	177
V.	Das Ergebnis: Die Polizeiwidrigkeit als Ordnungswidrigkeit	181
§ 17	Der Störer als derjenige, der seinen Rechtskreis überschreitet	182
I.	Das Fazit des Bisherigen	182
II.	Qui iure suo utitur, neminem laedit	182
III.	Die Schranke der öffentlichen Ordnung	183
IV.	Das Verhältnis zur Rechtswidrigkeit	184
V.	Das Erfordernis der inhaltlichen Bestimmtheit	185
§ 18	Die Grundrechte als Beschränkungen der Polizeigewalt	186
I.	Die Grundrechte als Teil des Rechtskreises	186
II.	Die allgemeinen Grenzen der Grundrechte	189

III.	Die Bestimmung der Grenzen für den Störer	192
1.	Das Verhältnis von Freiheit und Ordnung	192
2.	Die Grundrechte und die öffentliche Ordnung	197
3.	Der Mißbrauch von Grundrechten als Überschreiten des Rechtskreises	200
4.	Der Mißbrauch durch Verletzung vorrangiger Interessen der Allgemeinheit	202
5.	Der Mißbrauch durch Verletzung vorrangiger Interessen des Staates	209
§ 19	Die sonstigen Rechte des Einzelnen	215
I.	Der Gemeingebrauch	215
1.	Der Umfang des Gemeingebrauchs	215
2.	Die Grenzen des Gemeingebrauchs	219
3.	Die Entscheidung der Grundfälle	220
4.	Die Neigung der Praxis	223
II.	Das öffentlichrechtliche Nachbarrecht	224
1.	Der Umfang des Eigentumsrechts	224
2.	Die Polizeiwidrigkeit von Immissionen	229
3.	Die Entscheidung der Grundfälle	230
III.	Ergebnis	232
§ 20	Schlußbetrachtung	234
I.	Die Notwendigkeit der Konkretisierung	234
II.	Der Verhaltensstörer und das "Verursachen"	234
III.	Das Spannungsverhältnis zwischen dem Störerbegriff und der öffentlichen Ordnung	235
IV.	Schlußdefinitionen	235
ANHANG:	Die Grundfälle und deren Lösungen	236

LITERATURVERZEICHNIS

Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen des Textes. Die in Klammern angegebenen Abkürzungen bezeichnen die Zitierweise des jeweiligen Werkes.

- | | |
|---------------------------------|---|
| Altmeyer, J. -
De Clerck, H. | Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz,
Erläuterungen, 2. Aufl. Siegburg 1956 |
| Anschütz, Gerhard | Die Verfassung des Deutschen Reiches,
ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis,
9. Aufl. Berlin 1929 |
| Arioli, Silvio | Das Verbot der willkürlichen und der rechts-
ungleichen Rechtsanwendung im Sinne von
Art. 4 der Bundesverfassung, Diss. Basel 1965 |
| Attinger, Peter | Der enteignungsähnliche Tatbestand, darge-
stellt auf Grund der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung, Diss. Basel 1959 |
| Bachof, Otto | Ein neues Polizeigesetz in Bayern,
DÖV 1955, 105 ff. |
| Badura, Peter | Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen
Rechtsstaat, Recht und Staat, 328. Heft,
Tübingen 1966 |
| Ballreich, Hans | Das Staatsnotrecht in der Schweiz, in:
Das Staatsnotrecht, 31. Heft der Beiträge zum
ausländischen öffentlichen Recht und Völker-
recht des Max-Planck-Instituts, Köln -
Berlin 1955, 187 ff. |
| von Bar, L(udwig) | Die Lehre vom Causalzusammenhange im
Rechte, besonders im Strafrechte, Leipzig 1871 |
| Bargatzky, Walter | Das neue Polizeirecht, Stuttgart 1949 |
| Baumann, Jürgen | Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl.
Bielefeld 1961 |
| Becker, H. | Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine
Bestimmungen, Art. 1 - 183, Band VI von
Gmürs Kommentar zum schweizerischen Zivil-
gesetzbuch, 2. Aufl. Bern 1941 |

- Behrendt, Herbert Der Adressat der Polizeiverfügung,
Diss. Jena 1931
- Berner, Georg Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der
Polizei in Bayern (PAG) vom 16. 10. 1954,
Kommentar, 3. Aufl. München 1965
- Bettermann, Karl August Die Notstandsentwürfe der Bundesregierung, in:
Ernst Fraenkel (Hrsg.) Der Staatsnotstand,
Berlin 1965, 190 ff.
- Biermann, Johannes Privatrecht und Polizei in Preußen,
Berlin 1897
- Binding, Karl Die Normen und ihre Übertretung, Band 1,
Normen und Strafgesetze, 4. Aufl. Leipzig 1922,
Neudruck 1965
- Birkmeyer Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang
im Strafrecht, Der Gerichtssaal 37 (1885),
257 ff.
- Blumer, J. J. Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts,
I. Band, 3. Aufl. von J. Marel, Basel 1891
- Bobst, Max Die Stellung der Polizei zu privatrechtlichen
Begehren des Publikums, SJZ 47 (1951), 292 ff.
- Bock, Ludwig Kausalität, Schuld und Rechtswidrigkeit im
Polizeirecht, Tübinger Abhandlungen zum öf-
fentlichen Recht, 34. Heft, Stuttgart 1933
- Böhrenz Das Gesetz über die öffentliche Sicherheit und
Ordnung (Niedersachsen), Hannover o. J. (1962)
- Bridel, Marcel Sur les limites des libertés individuelles,
FGBV, 99 ff.
- Briner, Ernst Zur Frage des Kausalzusammenhangs im Gebiet
der obligatorischen Unfallversicherung, ZBJV 79
(1943), 49 ff.
- Brünner, Rudolf Friedrich Das Verhältnis der Grundrechte zur Polizeige-
walt nach deutschem und schweizerischem Recht,
Diss. Basel 1957
- Buch Das nichtkodifizierte Verwaltungszwangsrecht
in Preußen, AöR 31 (1913), 326 ff.

XIII

- | | |
|--------------------------|---|
| von Büren, Bruno | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 |
| Bürgi, Wolf | Die Lehre von der adäquaten Verursachung in der schweizerischen Rechtsprechung, Diss. Bern 1927 |
| Bullinger, Martin | Das Verwaltungsrecht in der DDR (SBZ), in: Die Lage des Rechts in Mitteldeutschland, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, 23. Band, Karlsruhe 1965 |
| Bumbacher, Jan Alexander | Die öffentliche Ordnung, eine Schranke der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1956 |
| Burckhardt, W. | Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. Bern 1931 |
| von Buri, Maximilian | Ueber Causalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873 (Causalität) |
| - | Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch, Leipzig 1894 (Beiträge) |
| Buschlinger, Gerold | Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1965, 374 ff. |
| Buser, G. | Das aargauische Zuchtpolizeirecht, SJZ 26 (1929/30), 81 ff. (Zuchtpolizeirecht) |
| - | Baupolizei und Straßenrecht im Kanton Aargau, ein Streifzug durch Gesetz und Praxis, ZBl. 33 (1932), 353 ff., 390 ff. (Baupolizei) |
| - | Der Garten im Recht, ZBl. 40 (1939), 481 ff., 545 ff. (Garten) |
| - | Baupolizei, Sachenrecht und Grundbuch, ZBl. 48 (1947), 57 ff. (Sachenrecht) |
| - | Eigentum und öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen, ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, ZBl. 57 (1956), 225 ff., 257 ff. (Eigentum) |

XIV

- von Caemmerer, Ernst
Das Problem des Kausalzusammenhangs im
Privatrecht, Freiburger Universitätsreden,
neue Folge, 23. Heft, Freiburg i.Br. 1956
- Dahlinger, Erich
Der materielle Polizeibegriff im Polizeigesetz
für Baden-Württemberg, bad-württ VBl. 1956,
113 ff.
- Degenhardt, Hermann -
Koch, Ernst -
Peters, Hans
Polizeirecht, Sammlung der für die Polizei
einschlägigen Bestimmungen, 1. Aufl.
Dresden - Berlin 1926
- Delius
Polizei und Aufzüge, PrVBl. 47 (1925/26),
577 ff.
- Drews, Bill
Preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil,
ein Leitfaden, (1. Aufl.) Berlin 1927
- Drews, Bill -
Lassar, Gerhard
Das preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom
1. 6. 1931, in: M. von Brauchitsch,
Verwaltungsgesetze für Preußen, II. Band,
1. Halbband, 22. Aufl., 11. Bearbeitung,
Berlin 1932
- Drews, Bill -
Wacke, Gerhard
Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl.
Berlin - Köln - München 1952 (6. Aufl.)
-
Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht -
der Länder und des Bundes, 7. Aufl.
Berlin - Köln- München - Bonn 1961
- Dürig, Günter
Art. 2 des Grundgesetzes und die Generaler-
mächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maß-
nahmen, AöR 79 (40 n.F., 1953/54), 57 ff.
(Art. 2 des Grundgesetzes)
-
Nochmals zur Problematik von Art. 2 Abs. 1 GG,
NJW 1954, 1394 ff. (Problematik)
- Ebermayer, Ludwig -
Lobe, Adolf -
Rosenberg, Werner -
Nagler, Johannes
Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar),
Erster Band, 8. Aufl. Berlin 1957
- Enböther, Karl
Der Heimatschutz als polizeirechtliches
Problem, Diss. Zürich 1956

- Eichenberger, Kurt Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, 341. Heft, Bern 1960
- Eichner, Ernst Die Grundrechtslagen der Präventivpolizei, insbesondere der Präventivpolizeihaft, nach der bayerischen Rechtsentwicklung, Diss. Erlangen 1927
- Emmerig, Ernst Die Befreiung des Polizeirechts vom strafrechtlichen Denken, bay VBl. 1955, 69 ff. (Befreiung)
- Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern vom 16. 10. 1954, Kommentar, Köln - München - Stuttgart 1954 (Gesetz)
- Engisch, Karl Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, neue Folge, 1. Heft, Tübingen 1931
- Enneccerus, Ludwig -
Lehmann, Heinrich Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958
- Enneccerus, Ludwig -
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1959; Zweiter Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1960
- Estermann, Alois Die Baufreiheit und ihre Schranken, eine vergleichende Darstellung des Bau- und Siedlungsplanungsrechts der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland im Spannungsfeld von Rechtsstaat und Sozialstaat, Diss. St. Gallen, Winterthur 1965
- Exner, Helmut Die polizeipflichtigen Personen nach preußischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Personen, Diss. Breslau 1933
- Fechner, Erich Die soziologische Grenze der Grundrechte, Versuch einer Ordnung der einwirkenden Kräfte zum Zwecke ihrer besseren Beherrschung, Recht und Staat, 177. Heft, Tübingen 1954
- Fleiner, Fritz Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (BStR)

- Fleiner, Fritz Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts,
8. Aufl. Tübingen 1928, Neudruck Zürich
1939 (Inst.)
- Kausalitätsprobleme im Verwaltungsrecht,
Sonderdruck aus Zanger-Festschrift, Zürich
1934, 496 ff. (Kausprobl.)
- Fleiner, Fritz - Schweizerisches Bundesstaatsrecht,
Giacometti, Zaccaria Zürich 1949 (BStR)
- Fobbe, Klaus Gemeingebruch und Kraftverkehr,
zum Verkehrsproblem der Städte,
Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1965
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band,
Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München und
Berlin 1966 (VR I)
- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich,
18. Aufl. Tübingen 1931
- Franz, Günther Staatsverfassungen, eine Sammlung wichtiger
Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart
in Urtext und Übersetzung, 2. Aufl. München
1964
- Franzen, Wilhelm Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz,
Band I, Greifswald 1932
- Freund, Richard Das Polizei- und Ordnungsrecht des Landes
Nordrhein-Westfalen, Köln 1959
- Frey, Urs Peter Das Verhältnis der Handels- und Gewerbe-
freiheit zu den anderen Freiheitsrechten, Diss.
Zürich 1964, Winterthur 1965
- Friedrichs, Karl Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931,
Kommentar, Berlin 1932
- Fromherz, Paul Ein Beitrag zur Lehre von der Verursachung
vom Standpunkt der deutschen Rechtsprechung,
AcP 110 (1913), 23 ff.
- Furler, Hans Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungs-
pflicht des Staates, VerwArch. 33 (1928), 340 ff.

- Gallwas, Hans-Ullrich Der Mißbrauch von Grundrechten, Diss. München 1961
- Germann, O. A. Schweizerisches Strafgesetzbuch, Taschenausgabe mit kurzen Erläuterungen, 6. Aufl. Zürich 1956
- Giacometti, Zaccaria Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit eines selbständigen Polizeiverordnungsrechts des Bundesrates, SJZ 31 (1934/35), 369 ff. (Zur Frage)
- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (StRK)
- Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960 (ALVR)
- Gmür, Arnold Der Kausalzusammenhang in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts und der Kausalzusammenhang im Strafrecht, Diss. Zürich 1926
- Gmür, Roland Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, Diss. Zürich 1958, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neue Folge, 219. Heft
- Gobrecht, Werner Polizeirecht des Landes Berlin, Kommentar, Hamburg 1959
- Goldschmidt, James Das Verwaltungsstrafrecht, Berlin 1902
- Grotefrend, G. A. Allgemeines Polizeilexikon, Handbuch des preußisch-deutschen Verwaltungsrechts, Oberhausen und Leipzig 1877
- Grüttner, Bruno Kein Titel, Inhalt: Zum Begriff der Ursache im Sinne des § 19 pr PVG, RuPrVBl. 54 (1933), 1034 ff.
- Guex, Robert La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles, Diss. Lausanne 1904
- Guhl, Theo Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung nach schweizerischem Obligationen-

- recht, Diss. Bern 1904, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 1. Heft
- Guhl, Theo Das schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. Zürich 1956 (OR)
- Gurny, Lieselotte Der Begriff der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, Diss. Zürich, Winterthur 1959
- Gygi, Fritz Verwaltungsrecht und Privatrecht, über die Bedeutung des Privatrechts für die öffentliche Verwaltung und seine Beziehungen zum Verwaltungsrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, 317. Heft, Bern 1956
- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, 21. Band, Karlsruhe 1962
- Häberlin, Fritz Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadensersatzrecht, Diss. Bern 1924
- Haffter, Peter Das Lärmproblem in der Praxis der Gerichts- und Verwaltungsbehörden, Diss. Zürich 1957
- Haft, Ernst Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Bern 1946
- Hamel, Walter Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung, Berlin 1957
- Haueisen, Fritz Die Theorie der wesentlichen Bedingung - eine wichtige Ursachenlehre, JZ 1961, 9 ff.
- Hegel, Hermann Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen, Verwaltung und Wirtschaft, 29. Heft, Stuttgart 1963
- von Hellingrath, Walther Das Vorladungs- und Auskunftsrecht der Polizei, DÖV 1953, 178 ff.

XIX

- | | |
|--|---|
| Henke, W. | Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl. 1964, 649 ff. |
| Henkel, Heinrich | Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, München und Berlin 1964 |
| Hesse, Konrad | Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967 |
| Heusler, Andreas | Schweizerische Verfassungsgeschichte, Basel 1920 |
| von Hippel, Eike | Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Schriften zum öffentlichen Recht, 19. Band, Berlin 1965 |
| von Hippel, Ernst -
Rehborn, Helmut | Das Recht der Ordnungsbehörden und der Polizei in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. München und Berlin 1960 |
| von Hippel, Fritz | Recht und Unrecht, in: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtserkenntnis, Frankfurt 1964 |
| His, Eduard | Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts, II. Band, Basel 1929 |
| Höhn, Ernst | Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, 340. Heft, Bern 1960 |
| Hölldorfer, Emmeran | Die geschichtliche Entwicklung des Begriffes der Polizei nach deutschem Staatsrecht, Diss. Tübingen 1899, München 1899 |
| Hoerni, Konrad | Das Versammlungsrecht in der Schweiz Diss. Zürich 1938 |
| Hoffmann, Valentin | Der Verursacher im Polizeirecht und seine Verantwortlichkeit, Diss. Hamburg 1949 |
| Holling, Wilhelm | Verwaltung und Verwaltungsrecht, Besonderer Teil, Recht und Organisation der Verwaltungszweige, Berlin 1948 |
| Holstein, Günther | Die Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung, Berlin 1921 |

- Holtzmann, Ernst Die polizeiliche Verantwortlichkeit für das Handeln anderer, DVBl. 1964, 420 ff. (Verantwortlichkeit)
- Grenzen der Handlungshaftung im Polizeirecht, DVBl. 1965, 902 ff. (Handlungshaftung)
- Huber, Ernst Rudolf Zur Problematik des Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen, DÖV 1955, 129 ff.
- Huber, Hans Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen, Basel 1950 (Ausbau)
- Grundrechte und Polizeigewalt, ZBl. 53 (1952), 233 ff. (Polizeigewalt)
- Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, 59 ff. (Niedergang)
- Die Verfassungsbeschwerde, vergleichende und kritische Betrachtungen, Karlsruhe 1954 (Verfassungsbeschwerde)
- Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 74 (1955), 173 ff. (Bedeutung)
- Die Grundrechte in der Schweiz, in: Bettermann - Neumann - Nipperdey, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band I, 1. Halbband, Berlin 1966, 175 ff. (Grundrechte)
- Hubmann, Heinrich Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (35 n.F., 1956/57), 85 ff.
- Hurst, Karl Ordnungsbehördliche bzw. polizeiliche Verfügungen gegen Staat und Gemeinden, Die Polizei 51 (1960), 117 ff.
- Hurst, Werner Zur Problematik der polizeirechtlichen Handlungshaftung, AöR 83 (44 n.F., 1958), 43 ff. (Problematik)
- Zur Rechtsgrundlage der polizei- und ordnungs-

behördlichen Haftung, Die Polizei 52 (1961),
15 ff. (Rechtsgrundlage)

Imboden, Max

Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher
Verwaltung, Basler Studien zur Rechtswissen-
schaft, 38. Heft, 2. Aufl. Basel und Stuttgart
1962 (Gesetz)

- Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung,
2. Aufl. Basel und Stuttgart 1964 (VerwRspr.)

- Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung,
Ergänzungsheft 1 zur zweiten Auflage, Basel
und Stuttgart 1966 (Erg. H.)

Jahrreiss, Hermann

Zur deutschen Verfassungsproblematik seit 1945,
in: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen
1950, 71 ff.

Janberg, Hans

Die Rechtmäßigkeit polizeilichen Einschreitens
gegen verkehrsstörende Schaufensterreklame,
RVerwBl. 1935, 234 ff.

Jaschkowitz

Kausalität und Verschulden im Polizeirecht,
DJZ 1926, 893 ff.

Jellinek, Georg

Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte,
3. Aufl. München und Leipzig 1919 (Erklärung)

- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 6. Neudruck,
Darmstadt 1959 (Staatslehre)

Jellinek, Walter

Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßig-
keitserwägung, Tübingen 1913 (Gesetz)

- Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines
preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes,
RuPrVBl. 52 (1931), 121 ff. (Kritische Bemer-
kungen)

- Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931,
unveränderter Neudruck, Offenburg 1948 (VR)

Jerusalem, Franz W.

Grundriß des Verwaltungsrechts,
Frankfurt 1947

Jobst, Dionys

Der Polizeibegriff in Deutschland, Diss.
München 1953

- Jöhr, E. Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens, Aarau 1931
- Jungel, Julius Der Begriff der Polizei im württembergischen Recht, Diss. Tübingen 1913
- Kägi, Werner Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus (Vom Verhältnis der drei grundlegenden Freiheiten unserer Rechtsgemeinschaft), FGBV, 53 ff.
- Kaufmann, Erich Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte, Frankfurt 1951
- Kemnade, Gerhard Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, Diss. Göttingen 1964, Göttingen 1965
- Kerstiens, Christian Zur Kritik des Entwurfes eines Polizeiverwaltungsgesetzes, RuPrVB1. 52 (1931), 310 ff. (Kritik)
- Das Polizeirecht der Gegenwart, Berlin 1936 (PolR)
- Kießling, Friedrich Aufgabe und Befugnisse der Polizei nach bayrischem Recht, Diss. Erlangen 1947
- Kirchberg, Werner Die Polizeipflicht in Gesetzgebung und Rechtsprechung, Diss. Leipzig 1949
- Klausener, Erich -
Kerstiens, Christian -
Kempner, Robert Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931, Kommentar, Berlin 1932
- Knauth, Rudolf -
Wagner, Kurt Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. 6. 1926, Weimar 1927
- von Köhler, Ludwig Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart - Berlin 1935
- König, Hans-Günther Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band III., 2. Halbband, Köln - Berlin - Bonn - München 1962
- Kohler, Josef Über den Kausalbegriff, Goldammers Archiv 51 (1904), 327 ff.

- Koschella, Rainer Bundesbahnhoheit und Landespolizeirecht, DÖV 1964, 194 ff.
- Kraemer, Hans-Joachim Die Kausalität im öffentlichen Recht, NJW 1965, 183 ff.
- von Kries, J(ohannes) Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888), 179 ff., 287 ff., 393 ff.
- Krollmann, Hans Das hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Kommentar, Stuttgart 1966
- Krzizek, Friedrich Das öffentliche Nachbarrecht, Wien 1959
- Kübler, Friedrich Karl "Eigentum verpflichtet" - eine zivilrechtliche Generalklausel? AcP 159 (39 n.F., 1960/61), 236 ff.
- Kuoni, Andreas Das Enteignungsrecht des Kantons Graubünden, Winterthur 1959
- Kuttler, Alfred Aus der Rekurspraxis der baselstädtischen Baupolizeikommission BJM 1959, 287 ff. (Rekurspraxis)
- Das öffentliche Baurecht des Kantons Basel-Stadt, ein Überblick über System und Werdegang, BJM 1961, 121 ff. (Baurecht)
- Lange, Heinrich Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 156 (36 n.F., 1957), 114 ff.
- Larenz, Karl Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, 686 ff. (Unterlassung)
- Tatzurechnung und "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs", NJW 1955, 1009 ff. (Tatzurechnung)
- Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. München und Berlin 1964 (SchR I)
- Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 6. Aufl. München und Berlin 1964 (SchR II)

- Lehmann, Heinrich -
Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,
15. Aufl. Berlin 1966
- Lehmann, Werner Der alte und der neue Polizeibegriff,
Diss. Heidelberg 1937, Berlin 1937
- Leisner, Walter Grundrechte und Privatrecht, München 1960
- Lindenmaier, Fritz Adäquate Verursachung oder nächste Ursache,
Erwägungen zur künftigen Gestaltung des
Kausalproblems im Seeversicherungsrecht,
JbAKDR 5 (1938), 174 ff. (Verursachung)
- Adäquate Ursache und nächste Ursache, Zur
Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht
und in den allgemeinen deutschen Seever-
sicherungsbedingungen, ZHK 113 (1949),
207 ff. (Ursache)
- von Liszt, Franz -
Schmidt, Eberhard Lehrbuch des deutschen Strafrechts,
26. Aufl. Berlin und Leipzig 1932
- Liver, Peter Die nachbarrechtliche Haftung des Gemein-
wesens, ZBJV 99 (1963), 241 ff.
- Loewenstein, Karl Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der
Vereinigten Staaten, Berlin - Göttingen -
Heidelberg 1959 (Verfassungsrecht)
- Verfassungslehre, Tübingen 1959
(Verfassungslehre)
- Maihofer, Werner Vom Sinn menschlicher Ordnung,
Frankfurt 1956
- Martens Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Ein-
schreiten, JuS 1962, 245 ff.
- Maunz, Theodor Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts,
eine Studie zur Methodik und Dogmatik des
deutschen Verwaltungsrechts, München -
Berlin - Leipzig 1933 (Hauptprobleme)
- Deutsches Staatsrecht, ein Studienbuch,
15. Aufl. München und Berlin 1966 (StR)
- Maunz, Theodor -
Dürig, Günther Grundgesetz, Kommentar, Band I, Art. 1 - 69,
Lieferung 1 bis 7, München und Berlin 1964

- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,
3. Aufl. Karlsruhe 1965
- Maurer, Alfred Recht und Praxis der schweizerischen obliga-
torischen Unfallversicherung, 2. Aufl.
Bern 1963
- von Martin, Alfred Ordnung und Freiheit in ihren grundlegenden
Beziehungen, in: Ordnung und Freiheit,
Materialien und Reflexionen zu Grundfragen
des Soziallebens, Frankfurt 1956, 29 ff.
- Mayer, E. G. Leitfaden für das Polizeirecht, 3. Aufl.
München o. J. (1949)
- Mayer, Franz Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwal-
tungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht,
München 1958 (Eigenständigkeit)
- Das Recht der öffentlichen Sicherheit und
Ordnung, in: Staats- und Verwaltungsrecht in
Bayern, 2. Aufl. München 1964, 362 ff.
(Recht)
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band,
3. Aufl. München und Leipzig 1924, Band VI,
1. Halbband von: Binding, Handbuch der
deutschen Rechtswissenschaft
- Meier, Bernhard Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Aargau,
Veröffentlichungen zum aargauischen Recht,
Aarau 1950
- Meier-Branecke, H. Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen
im Verwaltungsrecht, AöR 50 (11 n. F., 1926),
230 ff.
- Meier-Hayoz, Arthur Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum,
1. Teilband, Berner Kommentar, 4. Aufl.
Bern 1966
- Meisner -
Stern -
Hodes Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern)
und in Westberlin, 4. Aufl. Berlin 1964
- Meitz, Waldemar Allgemeines Polizeirecht in Theorie und poli-
zeilicher Praxis, Lübeck 1958

- Merk, Wilhelm Handbuch der badischen Verwaltung, Erster Band, 10. Aufl. Heidelberg 1925
- Merz, Hans -
Roos, Gottfried Haftung der Polizeibehörden und des Gemeinwesens bei Unglücksfällen, insbesondere beim Eislaufen auf gefrorenen Gewässern, ZBl. 62 (1961), 313 ff.
- Mezger, Edmund Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl. Berlin und München 1949 (Lehrbuch)
- Strafrecht I, Allgemeiner Teil, ein Studienbuch, 8. Aufl. München und Berlin 1958 (StuB)
- Minikus, Harald Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Basel-Stadt im Vergleich zur Entwicklung der deutschen Verwaltungsjustiz, Diss. Basel 1961
- Mlitzko, Ulrich Bundeseisenbahnen und Landespolizei, DÖV 1964, 730
- Morell, Raoul Der Kausalbegriff in der Unfallversicherung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung 9 (1965), 16 ff.
- von der Mosel, Curt -
von der Mosel, Günther Handwörterbuch des Verwaltungsrechts, unter besonderer Berücksichtigung des sächsischen Landesrechts, Zweiter Band, 14. Aufl. Leipzig 1938
- Moser, Elimar Welche Verursachungstheorie gilt im Rahmen der polizeirechtlichen Handlungshaftung? Diss. Tübingen 1960
- von Müller Der Verursachungsbegriff im Polizeirecht, RuPrVB1. 55 (1934), 334 ff.
- Müller, Heinrich Über Präventivpolizei, Diss. Zürich 1937
- Müller, Martin Die Entwicklung der schweizerischen Bundespolizei und ihre heutige Organisation, Diss. Zürich 1949
- Müller-Heidelberg, K. -
Clauss, H. W. Das niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. 3. 1956, Kommentar, 2. Aufl. Hannover 1956

- Münzel, Hans-Joachim Die polizeiliche Verantwortlichkeit der juristischen Person, Diss. Göttingen 1925
- Nebinger, Robert Die Handhabung der Polizeigewalt, württ Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege (Württ ZVR) 1934, 145 ff. (Handhabung)
- Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Stuttgart 1949 (VR I)
- Nipperdey, Hans Carl Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777 ff. (Rechtswidrigkeit)
- Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann - Nipperdey, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band IV, 2. Halbband, Berlin 1962, 741 ff. (Entfaltung)
- von Normann, Alexander Die Polizeigewalt, Diss. Göttingen 1916
- Oberle, Max Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs, Diss. Zürich 1952
- Oftinger, Karl Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts, Zürich 1956 (Lärmbekämpfung)
- Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1958 (Haftpflichtrecht)
- Entwicklungen im Recht der Lärmbekämpfung, SJZ 55 (1959), 97 ff., 117 ff. (Entwicklungen)
- Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, ZBJV 100 (1964), 101 ff. (Sicht)
- Orth, Franz Karl Entschädigungsansprüche im Polizeirecht, Diss. Mainz 1961
- Ortmann, Rudolf Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, Goldammers Archiv 23 (1875), 268 ff. 24 (1876), 93 ff.
- Oser, Hugo - Das Obligationenrecht, Erster Halbband, Art. 1 - 183, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1929
- Schönenberger, Wilhelm

- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
26. Aufl. München und Berlin 1967
- Parisius Die polizeiliche Theaterraufsicht und ihre
Grenzen, PrVB1. 47 (1925/26), 558 ff.
- du Pasquier, Claude La liberté et le droit suisse, FGBV, 1 ff.
- Peters, Hans Die Polizeiwidrigkeit und ihre Beziehungen
zur Rechtswidrigkeit, VerwArch. 29 (1922),
369 ff. (Polizeiwidrigkeit)
- Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung
in Preußen, Berlin 1926 (Grenzen)
- Lehrbuch der Verwaltung, Berlin - Göttingen -
Heidelberg 1949 (VR)
- Peuker, H. Der Ideengehalt des Polizeibegriffes, PrVB1.
47 (1925/26), 569 ff.
- Pflüger, Gerhard Die Polizeistunde in Baden-Württemberg,
Stuttgart 1961
- Pohlandt, Wilhelm Grundlagen und Schranken der Sicherheits-
polizei unter besonderer Berücksichtigung
Preussens, Diss. Heidelberg 1905, Berlin 1905
- Quaritsch, Helmut Eigentum und Polizei, DVBl. 1959, 455 ff.
- Radbruch, Gustav Die Lehre von der adäquaten Verursachung,
Diss. Berlin 1902, Abhandlungen des krimi-
nalistischen Seminars an der Universität
Berlin, neue Folge, Band 1, Heft 3
- Ramseyer, Adolf Basels Polizei im Wandel der Zeiten,
Basel 1955
- Reber, Kurt Das Notrecht des Staates, Diss. Bern 1938,
Zürich o. J.
- Reiff, Hermann Polizeigesetz für Baden-Württemberg,
Kommentar, Stuttgart - München - Hannover
1956
- Rheinwald, Eberhard -
Kloesel, Arno Polizeigesetz für das Land Baden-Württemberg,
Kommentar, 3. Aufl. Stuttgart 1964

- Rietdorf, Fritz Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden - Ordnungsbehördengesetz - für das Land Nordrhein-Westfalen, Stuttgart - München - Hannover 1957
- Rohde-Liebenau, Wolfram Grundrechte und Polizei, DÖV 1957, 472 ff.
- von Rosen-von Hoewel, Harry Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1953
- Rosin (, Heinrich) Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen, VerwArch. 3 (1895), 249 ff. (Begriff)
- Rosin, Heinrich Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl. Berlin 1895 (Polizeiverordnungsrecht)
- Ruck, Erwin Basel als Rechtsstaat, in: Festgabe der Basler Juristenfakultät und des Basler Juristenvereins zum schweizerischen Juristentag, Basel 1920, 29 ff. (Basel)
- Freiheit und Rechtsstaat, FGBV, 75 ff. (Freiheit)
- Schweizerisches Verwaltungsrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Zürich 1951 (VR I)
- Rudolf, Walter Polizei gegen Hoheitsträger, Recht und Staat, 312. Heft, Tübingen 1965
- Rümelin, Max Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf- und Civilrecht, AcP 90 (40 n. F., 1900), 171 ff.
- Rupp, Hans Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 15. Band, Tübingen 1965
- Samper, Rudolf Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, München 1965
- Schade, A. Eigentum und Polizei, eine verwaltungsrechtliche Untersuchung mit Berücksichtigung der

- Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts, AÖR 25 (1909), 266 ff.
- Schäfer, Friedrich Probleme einer Notstandsgesetzgebung, in: Ernst Fraenkel (Hrsg.), Der Staatsnotstand, Berlin 1965, 240 ff.
- Schäfer, Karl -
Wichards, Ernst -
Wille, Kurt Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931, Kommentar, Berlin o. J. (1932)
- Schaumann, Wilfried Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. 11. 1959, BGE 85 I 225 ff., ZSR 79 (1960), 522 ff.
- Scheer, Bernhard Allgemeines Polizeirecht und Ordnungsrecht im Lande Niedersachsen, Hamburg 1962
- Scheer (, Bernhard) -
Trubel (, Hans) Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931, Kommentar, 6. Aufl. Hamburg 1961
- Scheuner (, Ulrich) Der Gemeingebrauch an Straßen, ZAKDR 4 (1937), 484 ff. (Gemeingebrauch)
- Scheuner, Ulrich Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, 313 ff. (Verfassungsschutz)
- Grundfragen des modernen Staates, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Band 3, Düsseldorf 1951 (Grundfragen)
- Schiedermaier, Rudolf Einführung in das bayerische Polizeirecht, München und Berlin 1961
- Schlegel, Helmut Zur Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs bei Dienstunfällen, DVBl. 1962, 8 ff.
- Schlusser, Gustav -
Müller, Ernst Das badische Polizeistrafrecht, 3. Aufl. Karlsruhe 1908
- Schmid, Wieland Der Notstand im Polizeirecht, Diss. Zürich 1940
- Schmitt, Hans Georg Der Schutz des Landschaftsbildes im schweizerischen und deutschen Recht, Diss. Basel 1958
- Schneider, E. E. Hessisches Polizeigesetz, Kommentar, 2. Aufl. Wiesbaden 1963

- Schneider, Hans Anmerkung zum Urteil des badischen
Verwaltungsgerichtshofes vom 16. 9. 1952,
JZ 1953, 240 ff.
- Schnur, Roman Probleme um den Störerbegriff im Polizeirecht,
DVBl. 1962, 1 ff.
- Schönke, Adolf -
Schröder, Horst Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl.
München und Berlin 1965
- Scholz(-Forni) Die polizeirechtliche Gefahr, Begriff,
Erkennbarkeit und richterliche Nachprüfung
besonders bei Polizeiverordnungen, VerwArch.
27 (1919), 1 ff. (Gefahr)
- Scholz-Forni Über die Verantwortlichkeit des Urhebers eines
polizeiwidrigen Zustandes und über den Aus-
schluß der Verantwortlichkeit im Falle der
Ausübung eines Rechtes, VerwArch. 30
(1925), 11 ff., 244 ff. (Verantwortlichkeit)
- Schomaker, Hermann-Josef Die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers
bei unverschuldeten Eigentumsüberschreitun-
gen nach schweizerischem und deutschem
Recht (Art. 679 des ZGB und § 1004 des BGB),
Diss. Basel 1957
- Schultzenstein, Max Polizeiwidriges Handeln und Vertretung,
VerwArch. 14 (1905), 1 ff. (Handeln)
- Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege
für den Kanton Basel-Stadt vom 9. 3. 1905,
VerwArch. 14 (1905), 141 ff. (Gesetz)
- Die Polizeifähigkeit der natürlichen Personen,
VerwArch. 28 (1921), 300 ff. (Polizeifähig-
keit)
- Schulz-Schaeffer Wer ist polizeirechtlich mittelbarer Störer?
NJW 1957, 1910 ff.
- Schwander, Vital Das schweizerische Strafgesetzbuch,
systematische Darstellung, 2. Aufl.
Zürich 1964
- Schwarzenbach, Hans-Rudolf Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts,
2. Aufl. Bern 1965

- Scupin, Hans Ulrich Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hans Peters (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Zweiter Band, Kommunale Verwaltung, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1957, 606 ff. (Das Polizeirecht)
- Polizeirecht, Die Verwaltung, 15. Heft, Herne - Berlin o.J. (1960) (Polizeirecht)
- Semle, Erich Die Frage der Polizeipflichtigkeit in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum Württembergs, Diss. Tübingen 1935
- Senger, Richard -
Kurzmann, Hugo Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz (Nordrhein-Westfalen), Köln 1957
- Siebert, Wolfgang Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 72, Marburg 1934
- Sonnen, Werner Schuld und Haftung im Polizeirecht, Diss. Heidelberg 1949
- Spendel, Günter Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, eine kritische Untersuchung der Contitio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, Diss. Heidelberg 1948
- Spühler, Karl Die Schranken der politischen Rechte nach der Verfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss. Zürich 1961, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neue Folge, 228. Heft, Aarau 1962
- von Stechow, Hans-Joachim Beitrag zur Entwicklungsgeschichte der Polizeipflicht, Diss. Berlin 1942
- Stern, Klaus Die öffentliche Sache, VVDStL 1962, 21. Heft, Berlin 1964, 183 ff.
- Stier-Somlo, Fritz Die Pflicht des Eigenthümers zur Erhaltung seines Eigenthums in polizeimäßigem Zustande, VerwArch. 6 (1898), 275 ff. (Pflicht)
- Das Polizeiverwaltungsgesetz, Kommentar, Berlin 1932 (PVG)

- | | |
|-------------------------------------|--|
| Stoll, Hans | Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, 137 ff. |
| Suter, Werner | Notrecht und außerordentliche Vollmachten im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Zürich 1960 |
| Tanner, Leo | Das Polizeirecht des Kantons Luzern, Diss. Freiburg i. d. Schweiz 1927 |
| Tarnowski, Hans | Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, 4. Folge, 1. Band, 2. Heft, Berlin und Leipzig 1927, 1 ff. (durchpaginiert: 67 ff.) |
| Thalmann, Christian Heinrich | Die Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungsgerichte und letztinstanzlich entscheidenden Rekurskommissionen der Kantone und des Bundes, Diss. Basel 1963 |
| Thoma, Richard | Der Polizeibefehl im badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage, I. Teil, Tübingen 1906 (Polizeibefehl) |
| - | Grundrechte und Polizeigewalt, in: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin 1925, 183 ff. (Grundrechte) |
| Thormann, Ph. -
von Overbeck, A. | Das schweizerische Strafgesetzbuch, Erster Band, Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1940 |
| Thyrén, Johan Carl W. | Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie I, Lund 1894 |
| Traeger, Ludwig | Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904 |
| Troitzsch, Wilhelm | Der Adressat der Polizeiverfügung, mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung 42 (1926), Spalten 325 ff. (Adressat) |

- Troitzsch, Wilhelm Die Polizeipflicht in politisch bewegten Zeiten, Königsberg 1933 (Polizeipflicht)
- Trubel, Hans Das preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931, Kommentar, Lübeck 1950
- von Tuhr, Andreas -
Siegwart, Alfred Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, 2. Aufl. Zürich 1942
- von Turegg, Kurt Egon -
Kraus, Erwin Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl. Berlin 1962
- Ule, Carl Hermann Bemerkungen zum baden-württembergischen Polizeigesetz, bad-württ VBl. 1956, 65 ff., 83 ff.
- Ule, Carl Hermann -
Rasch, Ernst Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band III, 1. Halbband, Köln - Berlin - Bonn - München 1965
- Vogel, Klaus Der Verursachungsbegriff im Polizeirecht, JuS 1961, 91 ff. (VerursBegr.)
- Der Verwaltungsrechtsfall, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1961 (VerwR)
- Vogels Polizei und staatliches Hoheitsrecht, PrVBl. 34 (1912/13), 706 ff.
- Vogt, Erich Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, 26. Heft, Aarau 1910
- Voigt, Alfred 750 Jahre Magna Carta Libertatum, JuS 1965, 218 ff.
- Voigt, Heinz Alex Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich 1945
- Wacke, Gerhard Der Begriff der Verursachung im Polizeirecht (Bedingungslehre), DÖV 1960, 93 ff.

- Waser, J. Die zürcherische Gemeindepolizei mit besonderer Berücksichtigung der Gewerbe- und Gesundheitspolizei, ZBl. 10 (1909), 85 ff.
- Weber, Werner Eigentum und Enteignung, in: Neumann - Nipperdey - Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Die Grundrechte in Deutschland, Berlin 1954, 331 ff. (Eigentum)
- Die öffentliche Sache, VVDStL 1962, 21. Heft, Berlin 1964, 145 ff. (Sache)
- Weimar, Robert Der polizeiliche Eingriff in den Wirkungsbereich anderer staatlicher Aufgabenträger, DÖV 1960, 114 ff.
- Welzel, Hans Das deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung, 8. Aufl. Berlin 1963
- Wernle, Tilmann Verfahren und Kompetenzen der kantonalen Verwaltungsgerichte, Diss. Basel 1965
- Wettstein, Walter Gemeindepolizei im Kanton Zürich, ZBl. 9 (1908), 85 ff., 93 ff.
- Wieacker, Franz Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht, JZ 1957, 535 ff.
- Wiethaup, Hans Die Lärmbekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland, Köln - Berlin - München - Bonn 1961
- Willigmann, Klaus Gerichtskontrolle des polizeilichen Ermessens beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandshaftung, DVBl. 1965, 761 ff.
- Wipprecht, Wolfgang Die Wahl des Mittels zur Beseitigung polizeiwidriger Zustände, insbesondere nach preußischem Recht, Diss. Heidelberg 1934
- Wolff, Ernst Amadeus Kausalität von Tun und Unterlassen, eine strafrechtliche Untersuchung, Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, neue Folge, 16. Abhandlung, Heidelberg 1965

- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht I, ein Studienbuch, 6. Aufl.
München und Berlin 1965 (VR I)
- Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungs-
recht, Verfahrens- und Prozeßrecht), ein
Studienbuch, München und Berlin 1966 (VR III)
- Wolff, Hans Matthias Das Recht des polizeilichen Notstandes in
Preußen, Diss. Hamburg 1934
- Wolffers, Artur Der Begriff der Polizei, ZBl. 42 (1941),
385 ff., 409 ff. (Begriff)
- Unbestimmte Rechtsbegriffe und behördliches
Ermessen, ZBl. 58 (1957), 361 ff., 385 ff.
(Rechtsbegriffe)
- Wolzendorff, Kurt Die Grenzen der Polizeigewalt, Erster Teil:
Über den Umfang der Polizeigewalt im Poli-
zeistaat, Marburg 1905 (Umfang);
Zweiter Teil: Die Entwicklung des Polizeibe-
griffs im 19. Jahrhundert, Marburg 1906
(Entwicklung)
- Staatsnotrecht, eine verwaltungsrechtliche
Betrachtung im Anschluß an die preußische
Rechtsübung, AöR 27 (1911), 220 ff.
(Staatsnotrecht)
- Kommunale Wohlfahrtspflege als Ursache poli-
zeilicher Beschränkung der Einzelfreiheit,
VerwArch. 21 (1913), 515 ff. (Wohlfahrts-
pflege)
- Der Polizeigedanke des modernen Staats,
Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungs-
recht, 35. Heft, Breslau 1918 (Polizeigedanke)
- Zangger, Heinrich Medizin und Recht, Zürich 1920 (Medizin)
- Aufgaben der kausalen Forschung in Medizin,
Technik und Recht, Basel 1936 (Aufgaben)
- Zeidler, Karl Zur Problematik von Art. 2 Abs. 1 GG,
NJW 1954, 1068 ff.

Zihlmann, Rudolf

Legitimität und Legalität des Notrechts,
Abhandlungen zum schweizerischen Recht,
neue Folge, 277. Heft, Diss. Bern, Bern 1950

Zimmerlin, Erich

Bauordnung der Stadt Aarau, Kommentar,
Aarau 1960

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
Anm.	Anmerkung(en)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AS Rh-Pf	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte von Rheinland-Pfalz und des Saarlandes
bad	badisch(er)
bad-württ	baden-württembergisch(er)
bad-württ VBl.	baden-württembergisches Verwaltungsblatt
bay	bayrisch(er)
bay VBl.	bayrische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BV	Bundesverfassung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Erl.	Erläuterung(en)
ESVGH	Entscheidungssammlung des württemberg-badischen Verwaltungsgerichtshofes
EVGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des eidgenössischen Versicherungsgerichtes
FGBV	Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, herausgegeben von den juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten, Zürich 1948

GBL.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
GoldArch.	Goldammers Archiv
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis von St. Gallen
JbAKDR	Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht
JbsächsOVG	Jahrbuch der Entscheidungen des sächsischen Oberverwaltungsgerichts
JbthürOVG	Jahrbuch der Entscheidungen des thüringischen Oberverwaltungsgerichts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue juristische Wochenschrift
OBG	Ordnungsbehördengesetz
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
op. cit.	opus citatum, das angegebene Werk
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Lüneburg und Münster
PAG	Polizeiaufgabengesetz
PolG	Polizeigesetz
PolStGB	Polizeistrafgesetzbuch
PrOVG	preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungssammlung des preußischen Oberverwaltungsgerichts
pr PVG	preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PrVerwBl.	preußisches Verwaltungsblatt
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
Reger	Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RuPrVBl.	Reichs- und preußisches Verwaltungsblatt
RVerwBl.	Reichsverwaltungsblatt
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SOG	Gesetz über die Sicherheit und Ordnung
SüddJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VJS	Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung
Vschr. f. Ph.	Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
württ-bad	württemberg-badisch(er)
württ ZVR	württembergische Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZBadVerw	Zeitschrift für badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZHK	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizer Recht

ZITIERWEISE

Gerichtsurteile und Verwaltungsentscheide werden folgendermaßen zitiert:

Die erste Zahl bezeichnet den Band oder den Jahrgang der Sammlung, die zweite Zahl den Anfang des Urteils oder Entscheides, die dritte Zahl die angezogene Stelle.

EINLEITUNG

Polizeigewalt und Staatsgewalt gehören als korrespondierende Begriffe seit jeher zusammen ¹⁾. Das Polizeirecht hat daher eine lange Geschichte und seine Probleme sind viel erörtert worden, insbesondere in den letzten Jahrhunderten. Es bedarf also der Rechtfertigung dafür, daß der Begriff des Störers hier geklärt werden soll. Wenn auch einerseits heute Einigkeit darüber herrscht, daß Gefahrenabwehr Aufgabe der Polizei ist ²⁾, so besteht andererseits nicht die im Rechtsstaate und in der Demokratie notwendige Klarheit darüber, wen die Polizei zur Erreichung ihrer Ziele in Anspruch nehmen darf. Insbesondere in Deutschland verhinderte der Obrigkeitsstaat lange Einschränkungen der Polizeigewalt zugunsten des Einzelnen. Die Schweiz mit ihrer demokratischen Tradition betrachtete die Frage schon früh vom entgegengesetzten Pol aus. An den in beiden Staaten zentralen Begriff des Störers im Polizeirecht geht das deutsche Recht viel dogmatischer heran, während das schweizerische Recht eine Antwort vom Einzelnen und seinen Rechten her zu geben versucht. Diese Sicht kann befruchtend für das deutsche Recht sein.

Nach einem geschichtlichen Abriß über das Verhältnis der Polizei zum Einzelnen werden die gesetzlichen Grundlagen dargestellt, die der Polizei überhaupt erlauben tätig zu werden. Es folgt eine Abgrenzung des Störers von verwandten Erscheinungen. Bisher wurde in der Hauptsache versucht, namentlich den Verhaltensstörer auf dem Wege über Kausalitätstheorien in den Griff zu bekommen. Die in beiden Rechtsgebieten ³⁾ vertretenen Theorien zur Umgrenzung des Verhaltensstörers werden nacheinander geprüft. Anschließend wird die Situation beim Zustandsstörer erörtert.

- 1) Walter Jellinek (Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931, unveränderter Neudruck Offenburg 1948 (VR), 427) betrachtet die Polizeigewalt als Befugnis, ohne die man sich einen Staat überhaupt nicht denken kann; ähnlich Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (BStR), 593.
- 2) Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. Berlin - Köln - München - Bonn 1961; Fleiner - Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (BStR), 247.
- 3) Wenn in dieser Arbeit von "deutschem Polizeirecht" die Rede ist, dann ist damit das "Recht" der "Deutschen Demokratischen Republik" ausgeklammert. In totalitären Staaten herrscht totalitäre Polizei, die faktisch die ganze innere Verwaltung umfaßt und vor niemandem halt macht. Bezeichnende Beispiele für diese Haltung aus der dunkelsten Stunde deutscher Justiz sind: Wolfgang Wipprecht, Die Wahl des Mittels zur Beseitigung polizeiwidriger Zustände, insbesondere nach preußischem Recht, Diss. Heidelberg 1934, 106 ff. und Erich Senile, Die Frage der Polizeipflichtigkeit in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum Württembergs, Diss. Tübingen 1935, 51 ff. - (Fs. S. 2)

Nach dieser kritischen Bestandsaufnahme wird der Versuch unternommen, unter Verwendung der Grundgedanken sowohl des schweizerischen als auch des deutschen Polizeirechts, zu einem eindeutigen und praktikablen Begriff des Störers zu gelangen.

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 1

Mit keinem Wort erwähnt wird die Polizei in "Das Verwaltungsrecht der Deutschen Demokratischen Republik", Allgemeiner Teil, VEB Berlin (-Ost) 1957, wenn man absieht von dem allgemeinen Verweis auf das preußische Polizeiverwaltungsgesetz: "... gilt heute unter entsprechender Berücksichtigung der demokratischen verwaltungspolitischen und verwaltungsorganisatorischen Grundsätze in einzelnen Teilen weiter (31)." Vgl. Martin Bullinger, Das Verwaltungsrecht in der DDR (SBZ), in: Die Lage des Rechts in Mitteldeutschland, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 23, Karlsruhe 1965, 101 ff., 120: "Die Analyse ... hat einen offenen und konsequenten Bruch mit den Grundprinzipien einer rechtsstaatlichen Ordnung zutage treten lassen."

ERSTER TEIL

DIE GEMEINSAMEN GRUNDLAGEN FÜR DEN VERHALTENS- UND DEN ZUSTANDSSTÖRER

§ 1 DIE POLIZEI UND DER EINZELNE IN DER GESCHICHTE

Die Geschichte des Abendlandes ist auch eine Geschichte der Beziehungen des Einzelnen zum Staat. Es ging und geht in immer neuen Variationen um die Frage, inwieweit der Staat in die Sphäre des Einzelnen eingreifen darf, und welche Grenzen ihm hierbei gesetzt sind. Allerdings konnte dieses Problem in seiner vollen Bedeutung erst erfaßt werden, als die "Grenzen zwischen dem Ich und der Gesamtheit" ¹⁾ erkannt waren und dem Einzelnen eine Individualrechtssphäre zuerkannt wurde.

I. IM ALTERTUM

Für Aristoteles taucht diese Abgrenzung nicht auf; Er betrachtet den Staat als Ganzes, die Bürger und Familien als dessen Teile ²⁾. Wolff ³⁾ folgert hieraus eine unbegrenzte Unterworfenheit des Bürgers. Allein Aristoteles behandelt in seinem dritten Buch der Politeia den Staatsbürger, nach dem man zuerst fragen müsse ⁴⁾, und er verlangt für eine gerechte Lösung ausdrücklich, daß sowohl das Interesse des Staates im ganzen, als auch das der einzelnen Staatsbürger berücksichtigt werde ⁵⁾. Zudem wird als zweites Merkmal ⁶⁾ der Freiheit in der Demokratie bestimmt, leben zu können, wie man will ⁷⁾. Im Ergebnis ist Wolff

-
- 1) Georg Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. Aufl. München und Leipzig 1919, X, 77.
 - 2) Politeia, Hamburg 1965, I. Buch, 1. Kap., RNR. 1252 a; 2. Kap., RNR. 1253 a und 13. Kap., RNR. 1260 b.
 - 3) Hans Matthias Wolff, Das Recht des polizeilichen Notstandes in Preußen, Diss. Hamburg 1934, 14; ihm folgend Wieland Schmid, Der Notstand im Polizeirecht, Diss. Zürich 1940, 44.
 - 4) III. Buch, 1. Kap., RNR. 1274 b.
 - 5) III. Buch, 13. Kap., RNR. 1283 b.
 - 6) Deren erstes Merkmal: Abwechslung von Regieren und Regiertwerden, Politeia, VI. Buch, 2. Kap., RNR. 1317 b.
 - 7) VI. Buch, 2. Kap., RNR. 1317 b.

gleichwohl zuzustimmen; denn das Endziel des Menschen ist bei Aristoteles - sowohl in der Gemeinschaft wie auch jedes einzelnen Menschen - das gleiche ¹⁾, und der einzelne Bürger gehört nicht sich selbst, sondern alle gehören dem Staat ²⁾. Hieraus erklärt sich die umfassende Unterordnung unter den Staat. Der Ursprung des Polizeibegriffs liegt in dieser aristotelischen Bezeichnung "Politeia", womit das geordnete Staatswesen gekennzeichnet wird ³⁾.

Auch bei Cicero ist von der Wahrung der Sphäre des Einzelnen die Rede ⁴⁾, indessen: "est igitur res publica res populi" ⁵⁾ im Sinne des Gesamtinteresses des Volkes; und Cicero kritisiert die Hintansetzung des Gesamtwohls im Rom seiner Tage ⁶⁾. Auch in der römischen Antike geht es also zuerst um die Gesamtheit. Polizeiliche Tätigkeit im alten Rom übten vor allem die kurulischen Ädile aus durch ihre Marktüberwachung neben der Marktgerichtsbarkeit ⁷⁾. Ferner wachte die 443 v. Chr. eingeführte Einrichtung der Zensoren über die öffentliche Sittlichkeit ⁸⁾.

II. IM MITTELALTER

Die ersten Änderungen setzten im Mittelalter ein mit den Versuchen, die Macht der Könige zu beschränken. Das früheste und berühmte Beispiel ist die Magna Carta Libertatum von 1215. Einzelne Artikel lassen sich als noch ungenaue Formulierungen von Grundrechten deuten, so etwa Kapitel 39 (Freiheit der Person und Anspruch auf den gesetzlichen Richter), Kapitel 41 (Gewerbefreiheit) und

-
- 1) VII. Buch, 15. Kap., RNr. 1334 a.
 - 2) VIII. Buch, 1. Kap., RNr. 1337 a.
 - 3) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, 3. Aufl. München und Leipzig 1924 (VR I), 203 und Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928, Neudruck Zürich 1939 (Inst.), 385 sowie Jellinek, VR, 423.
 - 4) De re publica, München 1958, I. Buch, 47. Kap.; II. Buch, 46. Kap.; de officiis, München 1959, II. Buch, 73. und 78. Kap. (Eigentum).
 - 5) De re publica, I. Buch, 39. Kap.
 - 6) De officiis, I. Buch, 85. Kap.
 - 7) Sohm - Mitteis - Wenger, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl. München und Leipzig 1926, 424.
 - 8) Fritz Stier-Somlo, Die Pflicht des Eigenthümers zur Erhaltung seines Eigenthums in polizeimäßigem Zustande, VerwArch. 6 (1898), 278; Wolfgang Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. Köln - Graz 1956, 12.

Kapitel 28 (Eigentumsfreiheit¹⁾). Jedoch war mit der Magna Carta Libertatum nicht die Gewährung von Individualrechten beabsichtigt, sondern es wurde in erster Linie Lehnrecht geregelt²⁾; sie hatte also ständischen Charakter. Ähnlich sicherten sich die geistlichen und weltlichen Fürsten auf dem Kontinent wichtige Kronrechte gegenüber Friedrich II. durch die *Confoederatio cum principibus ecclesiasticis* (1220) und das *Statutum in favorem principum* (1232). Der Kampf der drei Urkantone um die - von Friedrich II. 1231 und 1240 gewährte - Reichsunmittelbarkeit gegen die Habsburger, 1291 im "ewigen Bund" manifestiert, trägt ebenfalls keine individualistischen Züge³⁾.

Erst mit der Renaissance bricht der Individualismus durch: Der Gedanke, daß jeder Mensch eine eigene Rechtssphäre hat, die auch gegenüber dem Staat besteht. Noch wenig zu spüren ist hiervon freilich bei Machiavelli. In seinen Hauptwerken "Il Principe" und den "Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio" erscheint das "bene commune" als Zentralbegriff⁴⁾. Immerhin verlangt Machiavelli vom Fürsten, daß er das Eigentum seiner Untertanen achte⁵⁾. Hobbes kommt durch seine Konstruktion des Staatsvertrages aus einem Naturzustand im "Leviathan" zur autoritären Zwangsordnung des Staates⁶⁾. Spinoza schließt sich ihm an mit der Feststellung, daß der Staat über dem Gesetz stehe⁷⁾. Auch bei Bodinus ist die Souveränität als "summa perpetuaque potestas" allen einzelnen Rechten und Berechtigungen überlegen. Dem Einzelnen und seinem Eigentum will Bodinus immerhin eine etwas selbständigere Stellung dem Staat gegenüber einräumen⁸⁾.

- 1) "Nullus contrabularius, vel alius ballivus noster, capiat blada vel alia catalla alicujus, nisi statim inde reddat denarios, aut respectum inde habere possit de voluntate venditoris." Quelle: vgl. die nächste Anm.
- 2) Alfred Voigt, 750 Jahre Magna Carta Libertatum, JuS 1965, 220.
- 3) Vgl. den Text des Freibriefes von 1240, abgedruckt bei Anton Castell, Die Bundesbriefe zu Schwyz, Einsiedeln 1963, 24 ff.
- 4) Niccolo Machiavelli, Gesammelte Schriften, München 1925, II. Band, Il Principe, 9. Kap., 41; 18. Kap., 72 und 22. Kap., 96 sowie Schriften, I. Band, Discorsi, I. Buch, 9. Kap., 41.
- 5) Il Principe, 17. Kap., a. a. O., 68.
- 6) Thomas Hobbes, Leviathan, II. Buch, 18. Kap., cit. bei Bergstraesser - Oberndörfer, Klassiker der Staatsphilosophie, Stuttgart 1962, 176/177.
- 7) Baruch de Spinoza, Theologisch-politisches Traktat, XVI. Kap., cit. in: "Der Herrschaftsvertrag", hrsg. von Alfred Voigt, Politica Band 16, Neuwied 1965, 158.
- 8) Jean Bodinus, Sechs Bücher über den Staat, I. Buch, 9. Kap. und II. Buch, 4. Kap., cit. bei Bergstraesser - Oberndörfer, op. cit., 150, 154.

In England wiederum wird der eigentliche Anfang mit der Anerkennung einzelner Individualrechte durch die "Petition of Rights" 1627 gemacht. Neben der Garantie der alleinigen Steuerbewilligung durch das Parlament in diesem Vertrag wird der Schutz vor ungerechtfertigter Verhaftung des Einzelnen gewährleistet¹⁾. Dieser Schutz wird in der "Habeas-Corpus-Akte" von 1679 erweitert. Die Artikel 5 und 9 des ersten Teils der "Bill of Rights" (1689) sichern das freie Petitionsrecht an den König und die Freiheit der Rede im Parlament²⁾.

Der Kontinent blieb zunächst unberührt von diesen Ansätzen. Die Reichspolizei-Ordnungen von 1530, 1548 und 1577 griffen bis ins einzelne in das Privatleben der Untertanen ein³⁾. Der Begriff "gute Polizei" und "gute Ordnung" wurde sehr weit gefaßt. Sache der Polizei war jede gesetzgeberische Betätigung des Reiches und der Landesfürsten⁴⁾. Indessen waren die praktischen Auswirkungen bei der bestehenden Ohnmacht staatlicher Gewalt⁵⁾ nicht sehr stark. Das änderte sich aber mit dem Entstehen des Polizeistaates gegen Ende des 17. Jahrhunderts. Im absolutistischen Staat war das Ziel mit einem Wort Friedrich Wilhelm I., die Souveränität zu "stabilisieren" wie einen "rocher de bronze". Diesem Ziel diente vor allem die Polizei, unter der die gesamte innere Verwaltung verstanden wurde⁶⁾. Die Einheitlichkeit des Staatswillens führte zum absoluten Streben der Polizei nach Wahrung der Autorität an sich. Das Ergebnis war eine heute unvorstellbare Reglementierung der gesamten Erwerbstätigkeit (unter dem Zeichen des Merkantilismus) und des Privatlebens. Das Prinzip der absoluten Unterordnung des Bürgers unter die obrigkeitliche Autorität erzeugte eine Gesinnungspolizei, wie sie beispielsweise in der Verordnung von 1736 des Ernst-August von Sachsen-Wei-

-
- 1) Art. 1 und 10, abgedruckt bei Günther Franz, Staatsverfassungen, eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart in Urtext und Übersetzung, 2. Aufl. München 1964, 502, 508.
 - 2) Abgedruckt bei Günther Franz, op. cit., 516.
 - 3) Aufzählung bei Kurt Wolzenborff, Über den Umfang der Polizeigewalt im Polizeistaat, Marburg 1905 (Umfang), 3/4.
 - 4) Wipprecht, op. cit., 5.
 - 5) Kurt Wolzenborff, Der Polizeigedanke des modernen Staats, Breslau 1918 (Polizeigedanke), 10.
 - 6) "Unter Polizei kann unmöglich etwas anderes verstanden werden als die direkte Selbständigkeit der Staatsregierung für die Erreichung des Staatszweckes seinem ganzen Umfange nach." Lotz, Begriff der Polizei und Umfang der Staatsgewalt, § 7, cit. bei Otto Mayer, VR I, 204 Anm. 5.

mar zum Ausdruck kommt ¹⁾. Für eine Rechtssphäre des Einzelnen war im Polizeistaat kein Raum. Unter Berufung auf das Ziel der "allgemeinen Wohlfahrt", der "allgemeinen Glückseligkeit" griff die Polizei ohne Grenze in jegliche Betätigung des Einzelnen ein.

III. DIE AUFLÄRUNG

Beginn einer Änderung war die Naturrechtslehre und die ihr folgende Aufklärung. Bereits 1625 hatte Hugo Grothius in seinem Buch "de iure belli ac pacis" die Individualrechtssphäre unter der Bezeichnung "iura quaesita" anerkannt. Nur kraft seines "ius eminens" darf sich der Landesherr über sie hinwegsetzen ²⁾. Die Naturrechtslehre sah die Freiheitsrechte als angeborene, vorstaatliche Rechte des Einzelnen. ³⁾ Montesquieu, Voltaire und Rousseau ⁴⁾ bahnten den Weg. Der Niederschlag findet sich in Art. 1 der Bill of Rights von Virginia vom 12. 6. 1776 ⁵⁾ und in Art. 1 der "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" ⁶⁾. Kant verkündete, daß der Mensch Selbstzweck sei ⁷⁾. Die Freiheit des Einzelmenschen

- 1) "Das vielfältige Raisonieren der Unterthanen wird hiermit bey halbjähriger Zuchthausstrafe verboten, und haben die Beamten solches auf Beschehen sogleich anzuzeigen, maßen das Regiment von Uns, nicht aber von den Bauern, dependiert, und wir keine Raisonneurs zu Unterthanen haben wollen ...", cit. bei Wolzendorff, Polizeigedanke, 40.
- 2) Hans Matthias Wolff, op. cit., 16.
- 3) Zaccaria Giaconetti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (StRK), 152.
- 4) Hierzu näher: Heinz Alex Voigt, Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich 1945, 16 f.
- 5) "That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights ...", cit. bei Georg Jellinek, op. cit., 81.
- 6) "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ...", cit. bei Robert-Hermann Tenbrock, Außerdeutsche Verfassungen, Band 1, Paderborn 1961, 63.
- 7) Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft (1788), hrsg. von Joachim Kopper, Stuttgart 1963, Erster Teil, 1. Buch, 3. Hauptstück, 141: "In der ganzen Schöpfung kann alles, was man will, oder worüber etwas vermag, auch bloß als Mittel gebraucht werden; nur der Mensch, und mit ihm jedes vernünftige Geschöpf, ist Zweck an sich selbst. Er ist nämlich das Subjekt des moralischen Gesetzes, welches heilig ist, vermöge der Autonomie seiner Freiheit."

wird betont, und es wird versucht, den Staatszweck einzuschränken. Humboldt unternahm es, die Grenzen der Staatsgewalt abzustecken, indem er nur die Sorgfalt des Staates für das "negative Wohl" der Bürger, d. h. für ihre Sicherheit zu-ließ¹⁾. Der Untertan sollte zum Staatsbürger werden. Die Formel Friedrichs des Großen, daß "jeder nach seiner Façon selig werden" solle, ist Ausdruck für diesen aufgeklärten Absolutismus. Die Praxis indessen zeigte, daß dieses Wort nicht mehr als ein Spruch war²⁾.

In der polizeirechtlichen Literatur schlugen sich die Gedanken der Aufklärung ebenfalls nieder. Josef von Sonnenfels und Johann Stefan Putter beschränkten die Polizei auf die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung; die Wohlfahrts-pflege war damit ausgeschlossen³⁾. Dieser eingeschränkte Polizeibegriff fand dann Eingang in den bekannten § 10 II 17 des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794: "Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey." Gleichwohl zeigt auch hier eine Betrachtung der Praxis in der Restauration, daß diese Grundsätze lediglich auf dem Papier standen. Nach dem Motto "Ruhe ist die erste Bürgerpflicht" (Anschlag in Berlin am 17. 10. 1806), griff diese Niederhaltungspolizei in die Individualrechtssphäre ein und verbot z. B. das Tragen von

- 1) Diese Sicherheit wird von Wilhelm von Humboldt in seinem Werk "Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen" - verfaßt 1792, erst posthum veröffentlicht 1851 -, Leipzig 1961, wie folgt definiert: "Sicher nenne ich die Bürger in einem Staat, wenn sie in der Ausübung der ihnen zustehenden Rechte, dieselben mögen nun ihre Person oder ihr Eigentum betreffen, nicht durch fremde Eingriffe gestört werden", IX. Kap., 111.
- 2) Dies galt insbesondere für die Judenpolizei. Die "ordentlichen Schutzjuden" durften nur ein Kind "ansetzen" (verheiraten), 1763 wurde das Recht auf Ansetzung eines zweiten Kindes gewährt. Hierzu ausführlich: Wanda Kampmann, Deutsche und Juden, Studien zur Geschichte des deutschen Judentums, Heidelberg 1963, 76 ff. und Wolzendorff, Polizeigedanke, 28 f. und 58.
- 3) Johann Stefan Putter, institutiones iuris publici germanici (1770), L. VII, cap. III, § 321: "ea supremæ potestatis pars, qua exercetur cura avertendi mala futura in statu reipublicæ interno in commune metuenda, dicitur ius politiæ, nisi quatenus ea mente agitur, ut tanto lautior sit status isti malo, quod metuebatur, directe oppositus." Heinrich Müller, Über Präventivpolizei, Diss. Zürich 1937. 16 Anm. 30, Heinz Alex Voigt, op. cit., 19 und Drews-Wacke, op. cit., 4 zitieren nur bis "politiæ"; die mit "nisi" eingeleitete Einschränkung ist aber wichtig.

Bärten und das Rauchen auf den Straßen ¹⁾, zumal der "beschränkte Untertanen-verstand" der Fürsorge des Landesherrn zu vertrauen hatte und sich im übrigen in öffentliche Angelegenheiten nicht einzumischen hatte ²⁾. So umfaßte also die Polizei faktisch auch die Wohlfahrtspflege. Man war im Polizeistaat stecken geblieben. Erst das preußische Oberverwaltungsgericht hat in seinem sogenannten Kreuzbergurteil vom 14. 6. 1882 ³⁾ die Polizei wieder eindeutig auf die Gefahrenabwehr unter Berufung auf § 10 II 17 ALR begrenzt.

In der Schweiz waren im Mittelalter die Zustände nicht anders als in Deutschland. Anschaulich werden die Verhältnisse in Basel von Ramseyer ⁴⁾ geschildert. Namentlich die Sittenpolizei - veranlaßt durch das Basler Konzil und später durch die Reformation - griff weitgehend in das Privatleben der Bürger ein. Verboden wurden beispielsweise das Fluchen, Tanzen und Spielen ⁵⁾. Durch Aufwandsverordnungen wurden Vorschriften über das Feiern von Festen und das Tragen von Kleidern erlassen. Auch in der Schweiz herrschte demnach der Polizeistaat, vor allem in den aristokratisch regierten Städten und den Hauptorten der Länderkantone ⁶⁾.

IV. DIE GRUNDRECHTE IN DER SCHWEIZ UND IN DEUTSCHLAND

Die Darstellung der Entwicklung der Grundrechtsgeltung soll den geschichtlichen Rückblick abschließen.

Die Helvetik mit dem Umsturz von 1798 bedeutete für die Schweiz den Anfang. Auch wenn ihr der Einheitsstaat nach französischem Muster aufgezwungen wurde, brachte er doch die französischen Revolutionsideen ins Land ⁷⁾. Die Helveti-

-
- 1) Wolzendorff, Polizeigedanke, 113 und 129.
 - 2) Hierdurch wurde das Entstehen eines aktiven Bürgersinns verhindert. Der damit in Deutschland gezüchtete Untertanengeist sollte später verhängnisvolle Wirkungen haben und ist auch heute noch nicht überwunden; dazu Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, 1 und 6.
 - 3) ProVGE 9, 353 ff.
 - 4) Adolf Ramseyer, Basels Polizei im Wandel der Zeiten, Basel 1955, 26 ff.
 - 5) Näheres bei Ramseyer, op. cit., 41 ff.
 - 6) J. J. Blumer, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, I. Band, 3. Aufl. von J. Marel, Basel 1891, 37.
 - 7) Fleiner - Giacometti, BStR, 2.

sche Verfassung von 1798 enthält einige Freiheitsrechte ¹⁾. Als der Einheitsstaat 1803 zusammenbrach, blieben diese Errungenschaften bestehen und wurden in den Kantonsverfassungen nach 1814 ausgebaut ²⁾. Die letzten Reste des Polizeistaates wurden damit beseitigt ³⁾. Diese Kantonsverfassungen waren für die Bundesverfassung vom 12.9.1848 insoweit vorbildlich, und sie gewährte eine Reihe von Freiheitsrechten ⁴⁾. Den Abschluß bildete die Bundesverfassung vom 29.3.1874. Beide Verfassungen sahen keinen Anlaß, alle die Freiheitsrechte aufzunehmen, die bereits durch die Kantonsverfassungen gewährleistet waren. Es wurden nur diejenigen aufgenommen, die entweder nur in einzelnen Kantonen oder nur ungenügend garantiert waren ⁵⁾.

Auch in Deutschland rief der Liberalismus des 19. Jahrhunderts nach Beschränkungen der Staatsmacht und der Polizei. Nach 1814 entstanden in den deutschen Ländern Verfassungen. Sie waren jedoch meist vom Landesherrn oktroyiert - wie z. B. in Baden 1818 -, und sie enthielten demzufolge nur spärlich Grundrechte. Die Verfassung der Paulskirchenversammlung von 1849 wies "Die Grundrechte des deutschen Volkes" in Abschnitt VI, §§ 130 ff. auf. Die gesamte Verfassung ist jedoch nie in Kraft getreten. Die - ebenfalls oktroyierte - Preußische Verfassung von 1850 gewährte unter Titel II einige Grundrechte. Die Reichsverfassung vom 16.4.1871 schied sich als Vertrag zwischen den Fürsten über die Grundrechte überhaupt aus. Es waren somit lediglich in den Ländern einzelne Grundrechte durch die jeweilige Verfassung gewährleistet.

Die Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919 behandelte im zweiten Hauptteil die "Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen". Das Reichsgericht hat die Grundrechte einmal als "Heiligtum des deutschen Volkes" bezeichnet ⁶⁾. Dieses pathetische Wort entsprach indessen weder der tatsächlichen Wirkung ⁷⁾, noch der

1) Aufzählung bei Blumer, op. cit., 38.

2) Andreas Heusler, Schweizerische Verfassungsgeschichte, Basel 1920, 356; Eduard His, Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts, II. Band, Basel 1929, 73 ff., 370 ff.

3) Fleiner, BStR, 318. Zur Entwicklung der schweizerischen "Bundesanwaltschaft"; Martin Müller, Die Entwicklung der Bundespolizei und ihre heutige Organisation, Diss. Zürich 1949, 33 ff.

4) His, op. cit., III. Band, Basel 1938, 533 ff.; Heusler, op. cit., 377/378.

5) Giacometti, StRK, 169/170.

6) RGZ 102, 161, 165, Urteil vom 28.4.1921.

7) Zu dem die ganze Weimarer Zeit herrschenden Streit, welche Grundrechte unmittelbar geltendes Recht waren und welche keine aktuelle Geltung hatten, siehe Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Ein

öffentlichen Einschätzung ¹⁾. Formell nicht außer Kraft gesetzt, wurde die Weimarer Reichsverfassung faktisch durch das "Ermächtigungsgesetz" vom 24. 3. 1933 aufgehoben. Vorher waren bereits durch die Notverordnung vom 28. 2. 1933 alle wesentlichen Grundrechte "bis auf weiteres" außer Kraft gesetzt worden. Der totalitäre Staat mit seiner sogenannten Geheimen Staatspolizei ²⁾ begann.

Das Grundgesetz vom 23. 5. 1949 versuchte, aus den Fehlern der Weimarer Republik und deren Untergang zu lernen. Nach und neben den Landesverfassungen wurde ein umfassender Grundrechtskatalog aufgestellt.

Fortsetzung der Fußnote 7) von Seite 10

Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 9. Aufl. Berlin 1929, Vorbem. Nr. 6 zu Art. 109 ff. und Richard Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt, Berlin 1925, 191 ff. mit der Unterscheidung von Grundrechten ersten bis vierten Grades.

- 1) Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15. Aufl. München und Berlin 1966 (StR), § 13 I 3, 84.
- 2) Durch "Führererlaß" wurde sie aller gesetzlichen Grundlagen enthoben. Damit galt nicht einmal die polizeiliche Generalklausel mehr.

§ 2 DIE GELTUNG DER POLIZEILICHEN GENERALKLAUSEL

Im 19. Jahrhundert wurde in der Hauptsache die Geltung der polizeilichen Generalklausel erörtert. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß "der Übergang zum bürgerlichen Rechtsstaat, zur Gewaltenteilung und zu verfassungsmäßig gewährleisteten individuellen Freiheitsrechten die Einführung des Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung bedeutete" ¹⁾. Daraus ergab sich, daß Eingriffe der Polizei in die Rechte des Einzelnen nur auf gesetzlicher Grundlage, aufgrund eines formellen Gesetzes zulässig sein sollten. Es gab aber derartige Gesetze nicht, und so griff man zurück auf den Polizeibegriff und sah darin die Ermächtigung zum Einschreiten der Polizei ²⁾. Für die heutige Situation ist diese Entwicklung überaus bedeutsam. Sie soll daher nachgezeichnet werden.

I. IN PREUSSEN

§ 10 II 17 ALR hatte die Polizei auf die Gefahrenabwehr begrenzt. Über seine Bedeutung bestand in der Folgezeit Streit, dem hier nicht nachgegangen werden kann ³⁾. Nach einem Rückfall in den Polizeistaat durch das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. 3. 1850 ⁴⁾ hat das preußische Oberverwaltungsgericht ⁵⁾ mit Hilfe des § 10 II 17 ALR die Wohlfahrtspflege ausgeschlossen und ihn zur polizeilichen Generalklausel als Eingriffsermächtigung für die Polizei ausgestaltet.

-
- 1) Ernst Forsthoff, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München und Berlin 1966 (VR), § 2, 3., 31.
 - 2) Hans Huber, Grundrechte und Polizeigewalt, ZBl. 53 (1952), 233 ff. (Polizeigewalt), 240.
 - 3) Es ging insbesondere darum, ob § 10 II 17 ALR einen "Bedeutungswandel" erfahren hatte; hierzu bejahend: Hans Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, Berlin 1926 (Grenzen), 226; Alfred Voigt, op. cit., JuS 1965, 220; verneinend: Jellinek, VR 88, 428; im übrigen: Wolzendorff, Polizeigedanke, 77 Anm. 1 und Rosin, Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Ordnungsrechts, VerwArch. 3 (1895), 249 ff., 288.
 - 4) Drews - Wacke (op. cit., 5/6) zitieren die Erläuterungen: "Das Gebiet der Polizei ist überhaupt ein fast unbegrenztes."
 - 5) PrOVGE 9, 353 ff., Urteil vom 14. 6. 1882.

Danach anerkannte man entweder den § 10 II 17 ALR unmittelbar als Rechtsgrundlage für das Einschreiten der Polizei, oder das preußische Oberverwaltungsgericht hat in jahrzehntelanger, ständiger Praxis richterliches Gewohnheitsrecht geschaffen, das allgemeine Rechtsüberzeugung des späteren 19. Jahrhunderts war ¹⁾. Beide Auslegungsmöglichkeiten kommen zum gleichen Ziel ²⁾.

Bestätigt wurde dieser Zustand durch den Gesetzgeber. Der § 14 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes (pr PVG) vom 1. 6. 1931 ³⁾ übernahm die polizeiliche Generalklausel.

II. IN DEN SÜDDEUTSCHEN LÄNDERN

Im Gegensatz zu Preußen führten sie das System der Spezialdelegation ein. Die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geschaffenen Polizeistrafgesetzbücher ⁴⁾ enthielten eine stattliche Anzahl von Tatbeständen. War ein solcher erfüllt, konnte die Polizei eingreifen, und dem Erfordernis der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung war genüge getan. Jedoch läßt sich auch in den süddeutschen Ländern eine Tendenz zur Generalklausel feststellen. ⁵⁾ Ausdruck hierfür ist § 30 des bad PolStGB ⁶⁾.

- 1) Bill Drews, Preußisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1927, 5.
- 2) Rudolf Friedrich Brünner, Das Verhältnis der Grundrechte zur Polizeigewalt nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Basel 1957, 23.
- 3) Ges. Samml., 77; er lautet: "Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht ist."
- 4) Badisches Polizeistrafgesetzbuch vom 31. 10. 1863, württembergisches Polizeistrafgesetz vom 27. 12. 1871 und bayrisches Polizeistrafgesetzbuch vom 28. 12. 1871.
- 5) Richard Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht, Tübingen 1906 (Polizeibefehl), 293; Friedrich Kießling, Aufgabe und Befugnisse der Polizei nach bayrischem Recht, Diss. Erlangen 1947, 22 ff., 36.
- 6) Abs. 1: "Neben den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzbuches bleibt den Polizeibehörden die Befugnis vorbehalten, auch unabhängig von der strafgerichtlichen Verfolgung rechts- und ordnungswidrige Zustände innerhalb ihrer Zuständigkeit zu beseitigen und deren Entstehung oder Fortsetzung zu verhindern."

In Württemberg wurde gegen Ende des Jahrhunderts die Eingriffsermächtigung aus der Staatsgewalt abgeleitet¹⁾. Später wurde die Generalklausel aus Art. 32 Ziffer 3 des württ. PolStGB entnommen²⁾. Sie wurde als Bestandteil der jeder Gemeinschaftsordnung zugrundeliegenden, praexistenten Grundnormen betrachtet³⁾.

III. DIE NEUERE ENTWICKLUNG IN DEUTSCHLAND

Sie ist formell zunächst durch einen Bruch gekennzeichnet. Mit dem Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30.1.1934⁴⁾ war die Polizeimacht auf das Reich übergegangen. Da jedoch ein Reichspolizeigesetz nicht erlassen wurde, blieb es in den Ländern materiell beim alten Rechtszustand⁵⁾.

Nach 1945 wurden die Länder wieder Träger der Polizeigewalt. Das Grundgesetz hat hieran festgehalten⁶⁾. Die einzelnen Bundesländer erließen Polizeigesetze, die nunmehr⁷⁾ alle die polizeiliche Generalklausel enthalten⁸⁾. Lediglich

- 1) Julius Jungel, Der Begriff der Polizei im württembergischen Recht, Diss. Tübingen 1913, 66 ff.; württ. VGH in württ. Z. 4, 20, Urteil vom 1.10.1919: "... daß den württembergischen Polizeibehörden als Ausfluß der in der allgemeinen Staatsgewalt enthaltenen Befugnis das Recht zustehe, in dem ihrer Fürsorge anvertrauten Bereich der öffentlichen und innerhalb ihrer gesetzlichen Grenzen die unumgänglich notwendige Ordnung im Gemeinwesen entsprechend dem Bedürfnis der Bevölkerung gegen drohende Gefahren zu schützen und hierbei die persönliche Handlungsfreiheit der einzelnen entsprechend zu beschränken."
- 2) Hiernach konnten die Polizeibehörden Anordnungen "zur Verhütung von Gefahren von Leben und Gesundheit von Menschen" erlassen.
- 3) Robert Nebinger, Die Handhabung der Polizeigewalt, württ. ZRV 1934, 147; Semle, op. cit., 46 ff.; VGH Stuttgart, Entsch. Samml. 2, 109, 116; Hermann Reiff, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Stuttgart - München - Hannover 1956, Einführung II, 1; Die Generalklausel wurde als Gewohnheitsrecht anerkannt.
Zur Parallelentwicklung in Bayern: Kießling, op. cit., 52 f. und Jobst Dionys, Der Polizeibegriff in Deutschland, Diss. München 1953, 58 ff.
- 4) RGBL. I, 75, Art. 2.
- 5) Siehe aber oben Seite 1 Anm. 3 und Seite 11 Anm. 2.
- 6) BVerfGE 3, 407, 433, Rechtsgutachten vom 16. 6. 1954.
- 7) Zur Übergangszeit nach 1945 vgl. Gunter Durig, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AÖR 40 n.F. (1953/54), 57 ff. (Art. 2 des Grundgesetzes), 58: "effektives Rechtschaos."
- 8) Baden-Württemberg: Polizeigesetz vom 21. 11. 1955, § 1; Berlin: Polizei-

Bayern hält an dem Grundsatz der Einzelermächtigung fest ¹⁾. Im Grunde gilt aber auch hier die Generalklausel ²⁾. Der § 1 des bw PolG verwendet statt des überkommenen Begriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung die Worte "Verletzung von Recht oder Ordnung" und "rechts- oder ordnungswidrige Zustände". Hiermit wurde an die badische Tradition angeknüpft ³⁾. Trotzdem wäre im Interesse möglicher Vereinheitlichung der Begriffe an der hergebrachten Begriffsbestimmung festzuhalten gewesen; denn eine sachliche Verschiedenheit liegt hierin nicht ⁴⁾.

IV. IN DER SCHWEIZ

Der Vergleich mit der Rechtslage in der Schweiz wird zeigen, daß die Verhältnisse ähnlich liegen, wie in Süddeutschland vor Erlass der neuen Länderpolizeigesetze.

Eine gesetzliche Regelung der polizeilichen Generalklausel liegt hier ebenfalls nicht vor ⁵⁾. Die Polizeigewalt liegt bei den Kantonen, wie in Deutschland bei

Fortsetzung der Fußnote 8) von Seite 14

Verwaltungsgesetz i. d. F. vom 2. 10. 1958, § 14; Bremen: Polizeigesetz vom 5. 7. 1960, § 1; Hamburg: Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 7. 11. 1947, § 1; Hessen: Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 17. 12. 1964, § 1; Niedersachsen: Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. 3. 1951, § 1; Nordrhein-Westfalen: Ordnungsbehördengesetz vom 16. 10. 1956, § 1; Rheinland-Pfalz: Polizeiverwaltungsgesetz vom 26. 3. 1954, § 1; Saarland: Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 13. 7. 1950, § 37 (§ 14 pr PVG) und Schleswig-Holstein: Polizeigesetz vom 23. 3. 1949, § 1.

- 1) Polizeiaufgabengesetz vom 16. 10. 1954, Art. 2.
- 2) Näher: Ernst Eichner, Die Rechtsgrundlagen der Präventivpolizei, insbesondere der Präventivpolizeilhaft, nach der bayerischen Rechtsentwicklung, Diss. Erlangen 1927, 2 ff., 27 ff.; Dionys, op. cit., 121 ff.; Kießling, op. cit., 30 f.; Otto Bachof, Ein neues Polizeigesetz in Bayern, DÖV 1955, 105 und Theodor Maunz, bay VBl. 1957, 136.
- 3) Vgl. oben Seite 13 Anm. 6 und Reiff, op. cit., Einf. III, 4.
- 4) Carl Hermann Ule, Bemerkungen zum baden-württembergischen Polizeigesetz, bad-württ VBl. 1956, 67 und Erich Dahlinger, Der materielle Polizeibegriff im Polizeigesetz für Baden-Württemberg, bad-württ VBl. 1956, 113.
- 5) Heinz Alex Voigt, op. cit., 50.

den Ländern. Sie steht jedem Kanton von Rechts wegen zu und erfährt ihre Ausprägung in den einzelnen Zweigen der Polizei ¹⁾. Zwar weist Art. 2 BV dem Bund die Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern als Zweck zu. Burckhardt hat aber nachgewiesen, daß Art. 2 BV nicht praktisches Recht, sondern "nur die bloß historisch interessante Mitteilung des politischen Gedankens, der die Grunder des neuen Bundes bei ihrem Werk geleitet hat" ²⁾. Art. 2 BV kann für eine Auslegung der Kompetenzen des Bundes nicht herangezogen werden ³⁾. Die Art. 85 Ziffer 7 und 192 Ziffer 10 BV enthalten ebenfalls keine Generalvollmacht für den Bund ⁴⁾, obwohl von innerer Sicherheit sowie von Ruhe und Ordnung die Rede ist; denn stillschweigend wird davon ausgegangen, daß der Bund lediglich subsidiär Kantonsaufgaben übernimmt ⁵⁾.

Nur soweit der Bund ausdrücklich ermächtigt ist, kann er Polizeigewalt ausüben. Eine derartige Kompetenz enthält Art. 16 Abs. 2 BV. Der Bund soll sich aber nur einschalten, wenn die Sicherheit der ganzen Schweiz gefährdet ist. Dies ist nur der Fall, wenn sich die Störungen über mehrere Kantone ausbreiten ⁶⁾. Es gilt sonach in der Schweiz das System der Spezialermächtigungen ⁷⁾, ebenso wie in Deutschland ⁸⁾.

Da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der polizeilichen Generalklausel nicht vorhanden war, ging man in der Schweiz schon früh von Wesen und Zweck des Staates aus. Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Ansicht

1) Fleiner, BStR, 593.

2) W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. Bern 1931, 11.

3) Heinrich Müller, op. cit., 67.

4) A. A. Drews - Wacke, op. cit., 10: Die Generalklausel sei durch die Verfassung festgelegt. Eine Auseinandersetzung mit der h. M. in der Schweiz erfolgt jedoch nicht.

5) Burckhardt, op. cit., 126: "... nur wenn der Kanton selber der Aufgabe nicht gewachsen ist, nimmt sie der Bund auf seine stärkeren Schultern."

6) Damit handelt es sich um eine Regelung für den inneren Notstand; sinngemäß ebenso Heinrich Müller, op. cit., 68. Die ganz ähnliche Vorschrift des Art. 91 Abs. 2 GG behandelt Maunz (StR, § 32 III, 7, 295) unter der Überschrift "Staatsschutz".

7) Fleiner, BStR, 594.

8) Drews - Wacke, op. cit., 36 ff. Dort wird dargelegt, daß die Kompetenzen für den Bund bereits stark angewachsen sind.

vertreten, daß die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ¹⁾ als "selbstverständliche, elementare polizeiliche Aufgabe des Staates" ihm von jeher kraft Gewohnheit zukomme ²⁾. "Le maintien de l'ordre public est un devoir élémentaire des autorités ... D'une manière générale, il oblige l'Etat à parer aux dangers sérieux qui menacent, de façon directe et évidente, l'exercice du pouvoir légal ou les biens juridiques des particuliers, tels que leur vie, leur santé ou leur patrimoine ..." ³⁾. Diese über achtzig Jahre konstante und eindeutige Rechtsprechung war nicht nur in der Lage, richterliches Gewohnheitsrecht, sondern auch allgemeine Rechtsüberzeugung im Volke ⁴⁾ zu schaffen. Müller vermutet, daß dieses Gewohnheitsrecht aus dem Polizeistaat als "Anachronismus" in unsere Zeit herübergerettet worden ist ⁵⁾. Dem wird - auch im Hinblick auf Giacomettis Äußerungen zum Polizeiverordnungsrecht ⁶⁾ - zuzustimmen sein.

-
- 1) Wohlfahrtspflege - wie in Deutschland - ausgeschlossen, Heinz Alex Voigt, op. cit., 51, 57 ff.
 - 2) Den Anfang machte BGE 7, 502, 513, Urteil vom 24. 9. 1881; es folgten: BGE 12, 93, 109, Urteil vom 20. 2. 1886; 20, 790, 796, Arrêt du 21. 11. 1894; 35 I 139, 148, Urteil vom 17. 3. 1909; 55 I 228, 238, Arrêt du 11. 10. 1929; 57 I 266, 269, 275, Auszug aus dem Urteil vom 10. 7. 1931; 60 I 108, 121, Urteil vom 23. 2. 1934; 67 I 74, 76, Arrêt du 9. 5. 1941; 85 I 225, 233, Urteil vom 11. 11. 1959.
 - 3) BGE 63 I 213, 222, Arrêt du 11. 6. 1937.
 - 4) A. Schade, Eigentum und Polizei, AöR 25 (1909), 309: "Aber die in vielen sich wiederholenden Fällen nach den gleichen Rechtsprinzipien ergehenden Urteile erstarken schließlich zum Gewohnheitsrecht; Es ist die Autorität des Zeitgeistes, welcher sich durch die kontinuierliche Reihe von Richtersprüchen Bahn bricht - denn die Kontinuität der Richtersprüche manifestiert, daß nicht die Auffassung des einzelnen, sondern die Auffassung der Zeit zur Geltung gelangt." Auch wenn Schade hier insbesondere die Praxis des sächsischen Obergerichtes betrachtet (hier: Jbsächs OVG 9, 193, 200, Urteil vom 24. 11. 1906 und Jbsächs OVG 7, 12, 15, Urteil vom 21. 1. 1905), gilt Obiges auch für die Schweiz, denn sie steht vor demselben Problem, Brünner, op. cit., 25 Anm. 3.
 - 5) Heinrich Müller, op. cit., 91.
 - 6) Zaccaria Giacometti, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit eines selbständigen Polizeiverordnungsrechts des Bundesrates, SJZ 31 (1934/35) (Zur Frage), 374; er spricht von einem "Residuum" der polizeistaatlichen Verordnungsgewalt, das noch in den Verfassungsstaat hineinragt. Das Bw PolG verlangt in § 10 für Polizeiverordnungen eine Spezialermächtigung.

Der stetigen Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sich die einhellige Meinung seit langem angeschlossen. Es ist Aufgabe der Polizei, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht zu erhalten ¹⁾, und die polizeiliche Generalklausel gilt kraft Gewohnheitsrechts ²⁾.

Da die Polizeigewalt den Kantonen zusteht, sind nunnmehr kantonale Bestimmungen zu untersuchen. Eine Erörterung sämtlicher Kantone wäre zu umfangreich. Daher beschränkt sich diese Arbeit auf die Kantone Basel-Stadt und Aargau.

V. IM KANTON BASEL-STADT

Die Verfassung vom 2.12.1889 ³⁾ enthält nur eine Bestimmung über die Aufgaben der Polizei in § 3 Abs. 1 KV. Nach ihm dürfen Verhaftung und Hausdurchsuchung nur in den gesetzlich zugelassenen Fällen erfolgen.

Wie die süddeutschen Länder hat auch Basel ein Polizeistrafgesetzbuch erlassen ⁴⁾. Ist einer der bis ins einzelne normierten Tatbestände erfüllt, dann hat die Polizei das Recht einzuschreiten. Es gilt also das System der Spezialermächtigung. Bemerkenswerterweise enthält aber das Polizeistrafgesetzbuch bereits Anklänge an die Generalklausel im sechsten Abschnitt ⁵⁾. Hinzu kommt, daß das Gesetz betreffend die Organisation der Polizei vom 6.6.1871 ⁶⁾ in § 1 eine Generalklausel ent-

- 1) Fleiner, Kausalitätsprobleme im Verwaltungsrecht, Zurich 1934 (KausProbl.), 2; Fleiner - Giacometti, BStR, 247; Heinrich Mulier, op. cit., 85-86; Heinz Alex Voigt, op. cit., 48; Arthur Wolffers, Der Begriff der Polizei, ZBl. 42 (1941), 413; Walter Wettstein, Gemeindepolizei im Kanton Zurich, ZBl. 9 (1908), 86; J. Waser, Die zurcherische Gemeindepolizei mit besonderer Berücksichtigung der Gewerbe- und Gesundheitspolizei, ZBl. 10 (1909), 85.
- 2) Giacometti, StRK, 176; Brünner, op. cit., 31; Heinz Alex Voigt, op. cit., 54 ff. Zum Gewohnheitsrecht weiterhin; Leo Tanner, Das Polizeirecht des Kantons Luzern, Diss. Freiburg/Schweiz 1927, 17 ff.
- 3) Zu den anderen Kantonsverfassungen vgl. Giacometti, StRK, 176 Anm. 44 und 47.
- 4) Vom 23.9.1872, i. d. F. d. Bek. vom 12.12.1941, Sammlung der Gesetze und Beschlüsse von Basel-Stadt 39 (32 n. F.), 203.
- 5) Übertretungen in Bezug auf die öffentliche Ruhe und Sicherheit: § 67: "... einen die öffentliche Ruhe gefährdenden Zusammenlauf von Menschen ...", § 68: "... im Interesse der öffentlichen Ordnung ..."
- 6) Sammlung der Gesetze 17 (10 n. F.), 340.

hält, die der Formulierung des § 10 II 17 ALR durchaus ebenbürtig ist: "Die Polizei ist aufgestellt zur Handhabung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Anleit der bestehenden Gesetze und Verordnungen und nach den Anforderungen des Verkehrs und des jeweiligen Bedürfnisses."

Ebenso nahm das sich anschließende Organisationsgesetz des Polizeidepartements vom 13. 4. 1893 ¹⁾ eine Generalklausel in § 10 auf: "Dem Polizeikorps liegt im allgemeinen die Sorge für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nach den bestehenden Gesetzen, den vom Regierungsrat erlassenen Verordnungen und den Weisungen des Polizeidepartements ob." Ob diese Vorschrift lediglich die Kompetenzverteilung regelte, kann dahinstehen ²⁾, denn das heute geltende Organisationsgesetz vom 8. 1. 1920 ³⁾ weist die Generalklausel nicht mehr auf ⁴⁾. Hierfür sind zwei Deutungen denkbar. Entweder wurde auf sie verzichtet, weil man der Meinung war, das Polizeistrafgesetzbuch reiche aus; oder sie wurde vielleicht für überflüssig gehalten angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur gewohnheitsrechtlichen Geltung der Generalklausel. Eine Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Erklärung für das Fehlen der Generalklausel ist nicht möglich; denn nähere Erläuterungen oder Ausführungen in den Entwürfen und Ratsschlägen des Großen Rates fehlen ⁵⁾.

Der Regierungsrat erließ am 6. 5. 1932 ein "Reglement über die Befugnisse der Polizeimannschaft" ⁶⁾, worin die einzelnen polizeilichen Maßnahmen ausführlich geregelt werden ⁷⁾. Eine Generalklausel findet sich auch hier nicht.

Sonach gilt heute nach vorübergehender Unterbrechung der Grundsatz der Spezialdelegation des Polizeistrafgesetzbuches. Aus den Andeutungen der Generalklausel

1) Sammlung der Gesetze 22 (15 n. F.), 423.

2) Hierzu Brünner, op. cit., 16.

3) Sammlung der Gesetze 31 (24 n. F.), 294.

4) Der eine reine Kompetenzzuweisung enthaltende § 8 lautet: "Dem Polizeikorps liegen folgende Geschäfte ob: 1. Die Ausübung der Sicherheits-, Orts- und Verkehrspolizei im Kanton ..."

5) Brünner, op. cit., 16.

6) Sammlung der Gesetze 35 (28 n. F.), 572. Über deren zweifelhaften Rechtscharakter siehe Brünner, op. cit., 33 ff. Er qualifiziert sie als Verwaltungsverordnung.

7) Zulässigkeit der vorläufigen Festnahme (§§ 1, 2), der körperlichen Untersuchung (§ 4), der Kleiderdurchsuchung (§ 5), der Haussuchung (§§ 6 ff.), der Beschlagnahme (§§ 9, 10) und des Waffengebrauches (§§ 11, 12).

im sechsten Abschnitt leitet Giacometti ¹⁾ deren Geltung ab, wobei er auf das Wesen des Regierungsrates als oberste Vollziehungs- und Verwaltungsbehörde abstellt ²⁾. Daran wird man sich meines Erachtens umso unbedenklicher anschließen können, als Rechtsprechung und Wissenschaft ohne Ausnahme die Geltung der Generalklausel bejahen. Es gilt sonach auch für den Kanton Basel-Stadt subsidiär die polizeiliche Generalklausel.

VI. IM KANTON AARGAU

Art. 39 der Staatsverfassung des Kantons Aargau vom 23. 4. 1885 enthält folgende Bestimmung: "Dem Regierungsrat sind folgende Pflichten und Befugnisse übertragen: ... b) Er sorgt für die Handhabung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Kanton, für die Kultur und Volkswirtschaftspflege, sowie für die Vollziehung der Gesetze, Dekrete und Beschlüsse des Großen Rates."

Außerdem gilt noch das Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Gemeinderäte vom 26. 11. 1841 ³⁾. Sein § 81 weist dem Gemeinderat die Aufgabe zu, die nötigen Anordnungen über die Gegenstände der örtlichen Polizei zu treffen, "namentlich in bezug auf Handhabung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe, Ordnung und Sittlichkeit" ⁴⁾. Aus beiden Vorschriften ergibt sich, daß in Aargau für die Gemeinden seit 1841 und für den Kanton seit 1885 die polizeiliche Generalklausel kraft Gesetzes gilt ⁵⁾. Das Bundesgericht zieht im 85. Bande ⁶⁾ in Zweifel, ob § 81 des aargauischen Organisationsgesetzes die Grundlage für eine baupolizeiliche Maßnahme abgeben könne, läßt es aber dahingestellt. Die Baupolizei ist jedoch von jeher ein besonderer Polizeizweig und unterfällt daher der polizeilichen Generalklausel.

1) StRK, 176 Anm. 47.

2) Nach § 42 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 2. 12. 1889 liegt beim Regierungsrat "Vollziehung und Handhabung der Gesetze."

3) Aargauische Gesetzessammlung, erster Band (1803 - 1911), Aarau 1960, 57.

4) § 81 Buchstabe 1 des Gesetzes.

5) G. Buser, Baupolizei und Straßenrecht im Kanton Aargau, ZBl. 33 (1932), 355. Fleiner (BStR, 321 Anm. 9) wies außerdem auf § 1 des damals geltenden Zuchtpolizeigesetzes vom 19. 2. 1868 (Gesetzessammlung für den eidgenössischen Kanton Aargau, sechster Band, Aarau 1869, 322) hin, wonach zuchtpolizeilich bestraft werden "Vergehen gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit." Hierzu G. Buser, Das aargauische Zuchtpolizeirecht, SJZ 26 (1929/30), 81 ff., 83/84, der die Bestimmung ebenfalls als Generalklausel würdigt.

6) BGE 85 I 225, 233, Urteil vom 11. 11. 1959.

Das Gesetz über die Organisation der Kantonspolizei vom 8. 3. 1955¹⁾ enthält in § 1 Abs. 1 in vorbildlicher Weise die polizeiliche Generalklausel: "Das kantonale Polizeikorps hat die Aufgabe, die Behörden in der Handhabung der Gesetze, in der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung sowie in der Gewährleistung der Sicherheit von Personen und Eigentum zu unterstützen." Auf den ersten Blick handelt es sich um eine Kompetenzabgrenzung. Es ist jedoch Aufgabe jeder öffentlichen Behörde, in ihrem Ressort die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu wahren²⁾. Die "Unterstützung" der Behörden durch die Polizei ist also eine umfassende und allgemeine³⁾. Es liegt daher keine Kompetenzabgrenzung vor.

Die polizeiliche Generalklausel gilt im Kanton Aargau für den Regierungsrat, die Gemeindeorgane und das Polizeikorps. Sonach ist sie gesetzlich verankert.

VII. ERGEBNIS UND WÜRDIGUNG

Die Untersuchung hat ergeben, daß heute sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz die polizeiliche Generalklausel gilt. Aus der Sicht des heutigen Rechtsstaates ist deren Geltung jedoch keine Selbstverständlichkeit.

Der Rechtsstaat ist nicht nur der "Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts"⁴⁾, sondern es gilt in ihm in konsequenter Fortbildung der Gewaltenteilung der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁵⁾. Die Geltung dieses Grundsatzes er-

1) Aargauische Gesetzessammlung, vierter Band (1952 - 1959), Aarau 1960, 260.

2) Drews - Wacke, op. cit., 210.

3) Wieland Schmid (op. cit., 30/31) ist gleicher Auffassung für die Kantonspolizei des Kantons Zürich, die nach § 1 der Verordnung vom 30. 3. 1908 ebenfalls die Behörden zu "unterstützen" hat. Schmid führt aus, es bestehe damit einwandfrei gesetztes Recht, und es sei nicht nötig, auf die gewohnheitsrechtliche Geltung abzustellen.

4) So Otto Mayer, VR I, 58.

5) Erwin Ruck, Basel als Rechtsstaat, Basel 1920, 32. Der Begriff des Rechtsstaates ist hiermit nicht erschöpft, aber der Grundsatz ist eines seiner wesentlichen Elemente, Maunz - Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1964, Anm. VII 1 zu Art. 20 GG, RNr. 124 und Hans Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, Festschrift für Giacometti 1953 (Niedergang), 59. Damit ist zunächst der Rechtsstaat im formellen Sinne umrissen. Zum Rechtsstaat im materiellen Sinne gehört die Geltung der Freiheitsrechte, Fleiner - Giacometti, BStR, 31; Art. 1 Abs. 3 GG.

gibt sich für Deutschland aus Art. 20 Abs. 3 GG und für die Schweiz aus der Trennung der Gewalten, die aus der Verfassungseinteilung herzuleiten ist ¹⁾.

Für Deutschland erscheint dies zunächst unproblematisch; Die polizeiliche Generalklausel ist in allen Länderpolizeigesetzen ausdrücklich enthalten. Für die Schweiz ist die Situation schwieriger. Aus der Geltung der Generalklausel als Gewohnheitsrecht ergibt sich, daß sie nicht gesetztes Recht ist. Es fehlt also die gesetzliche Grundlage ²⁾.

In den meisten Kantonsverfassungen wird die polizeiliche Generalklausel vorausgesetzt ³⁾. Für den Kanton Basel-Stadt ergibt sie sich aus dem sechsten Abschnitt des Polizeistrafgesetzbuches. Im Kanton Aargau ist sie ausdrücklich in § 51 des Organisationsgesetzes, in Art. 39 der Verfassung und in § 1 des Gesetzes über die Organisation der Kantonspolizei enthalten. Giacometti hebt nun hervor, daß damit das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur formell, nicht mehr materiell gewahrt sei ⁴⁾. Zunächst liegt es nicht zutage, was hiermit gemeint ist. Klarheit ergibt sich aus einem Vergleich mit den deutschen Verhältnissen. Auch hier wird die Generalklausel aus rechtsstaatlichen Gründen angegriffen ⁵⁾. Das führt zu der Frage der Rechtfertigung der Generalklausel.

Wenn das System der Spezialermächtigung eingehalten wird, kann die Polizei erst einschreiten, wenn die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Beabsichtigt ist damit ein besserer Schutz des Einzelnen vor staatlicher Willkür. Er soll im voraus wissen, wann gegen ihn eingeschritten werden kann. Jede Tätigkeit der Verwaltung - auch diejenige der Polizei - ist aber Gestaltung in die Zukunft hinein. Das Leben mit seinen verwickelten Sachverhalten bietet täglich neue Erscheinungen, die vom Recht berücksichtigt werden müssen. Dem Gesetz-

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 21

Hier interessiert zunächst der Rechtsstaat im formellen Sinne. Auf das zweite Kriterium wird im dritten Teil der Arbeit eingegangen.

- 1) Fleiner - Giacometti, BStR, 33; Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band Zürich 1960 (ALVR), 228/229.
- 2) Heinrich Müller, op. cit., 91.
- 3) Giacometti, StRK, 176 Anm. 44.
- 4) StRK, 176.
- 5) Erich Kaufmann, Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte, Frankfurt 1951, 24 und 302; Walther von Hellingrath, Das Vorladungs- und Auskunftsrecht der Polizei, DÖV 1953, 178 und neuestens scharf: Hans-Heinrich Rupp, op. cit., 202 Anm. 328.

geber sind hier von der Natur der Sache her Grenzen gesetzt: Nur Bekanntes kann gesetzlich normiert werden. Neu Auftretendes kann erst dann in Tatbestände gegossen werden, wenn übersehen wird, wie es sich in der Praxis auswirkt. Das erfordert eine Zeit des Beobachtens und Überlegens, ob und gegebenenfalls wie es gesteuert werden soll. Nach geraumer Zeit kann dann der Gesetzgeber auf den Plan treten. Dieses Zuwarten ist im Normalfalle unschädlich. Bei der Polizei kann es gefährlich werden. Muß sie erst auf eine Sanktionierung durch den Gesetzgeber warten, kann es für präventive Maßnahmen zu spät sein. In einem nicht normierten Falle müßte die Polizei zunächst zusehen, wie "das Kind in den Brunnen fällt und abwarten, bis der schwerfällige Weg der Gesetzgebung diesen Fall durch eine besondere gesetzliche Norm regelt" ¹⁾.

Ein weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu: Das Argument von der notwendigen Voraussicht des Einzelnen war solange richtig, als die Zahl der gesetzlichen Bestimmungen überschaubar war. Heute ist diese Übersicht durch die einbrechende Gesetzesinflation ²⁾ zwangsläufig verloren gegangen. In der Flut der gesetzlichen Vorschriften findet sich nur noch der Fachmann zurecht: das ehemals rechtsstaatliche Postulat von der Voraussicht des Einzelnen ist weggespült.

Die Generalklausel beansprucht keineswegs unbeschränkte Geltung. Zunächst ist es in beiden Staaten einhellige Meinung, daß die Generalklausel nur subsidiär gilt. Einzelermächtigungen, die in immer größerer Zahl vom Gesetzgeber geschaffen werden, gehen vor ³⁾. Erst wenn eine Spezialermächtigung nicht vorhanden ist, darf auf die Generalklausel zurückgegriffen werden. Drews - Wacke ⁴⁾ weisen hierzu allerdings darauf hin, daß heute die Gefahr vom Eiter des Gesetz-

1) Senger - Kurzmann, Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz (Nordrhein-Westfalen), Köln 1957, Erl. II 1 zu § 1 OBG.

2) Max Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 2. Aufl. Basel und Stuttgart 1962 (Gesetz), 39.

3) Beispielsweise die Paragraphen des Basler Polizeistrafgesetzbuches und die Bestimmungen des Basler Reglements über die Befugnisse der Polizeimannschaft.

Die deutschen Polizeigesetze regeln ausführlich die Voraussetzungen der Zulässigkeit polizeilicher Maßnahmen; so etwa das bw PolG bezüglich Personenfeststellung (§ 20), Ladung (§ 21), Gewahrsam (§ 22), Durchsuchung von Personen und Sachen (§§ 23, 24), Betreten von Wohnungen (§ 25), Sicherstellung (§ 26), Beschlagnahme (§ 27), Einziehung (§ 28) und Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen Sachen und Personen, insbesondere den Schußwaffengebrauch (§§ 32 - 37).

4) Op. cit., 46.

gebers her droht. Denn dieser ist bei dem Erlaß von Einzelermächtigungen nicht an die strengen Voraussetzungen des Polizeirechts gebunden. Insbesondere wird auf diesem Wege die Wohlfahrtspflege der Polizei wieder zugewiesen ¹⁾. Sonach erweist sich die Generalklausel sogar als das geringere Übel, zumal die einzelnen Begriffe der Klausel durch jahrzehntelange Rechtsprechung ²⁾ und Lehre fest umrissen worden sind.

Nach Darlegung der Notwendigkeit und der Schranken der Generalklausel kann auf die Argumentation von Giacometti zurückgekommen werden. Expressis verbis gilt die Generalklausel in der Schweiz nicht. Ihre Ableitung aus den Kantonsverfassungen, einzelnen Gesetzen und der Funktion des Regierungsrates ist eine indirekte. Damit wird verständlich, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hier nur formell gewährleistet ist. Materiell verlangt er eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Zu begrüßen wäre es, wenn der Grundsatz auch materiell gesetzlich verankert würde. Damit wäre den Erfordernissen des Rechtsstaates umfassend genüge getan. Als nachahmenswerte Beispiele könnten der Art. 39 der Staatsverfassung des Kantons Aargau vom 23. 4. 1885 und der § 1 des aargauischen Organisationsgesetzes vom 8. 3. 1955 dienen.

Die Bedenken gegen die Verletzung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in materieller Hinsicht sind damit nicht ausgeräumt. Die Tatsache der formellen Geltung reicht nicht aus. Der Ansatzpunkt ist die Überzeugung, daß "das mindeste, was wir von einem Staat verlangen, ist, daß er Ordnung in seinem Innern hält" ³⁾. Im Hinblick hierauf wird man sich mit der gewohnheitsrechtlichen Geltung der polizeilichen Generalklausel in der Schweiz abfinden können. Ein ähnlicher Gedanke klingt bei Schmid ⁴⁾ an, wenn er schreibt, daß es sich bei der "primären" Anwendung der Generalklausel um eine polizeiliche Notverfügung handle. Gemeint ist damit nicht der Fall des polizeilichen Notstandes, sondern die unmittelbare Anwendung der Generalklausel "in der Not", d. h. wenn einerseits keine Spezialermächtigung vorhanden ist und andererseits eine unmittelbare Gefahr - oder mit den Worten des Bundesgerichts; eine ernst zu

- 1) Karl Ebnöther, Der Heimatschutz als polizeirechtliches Problem, Diss. Zürich 1956, XV ff., 31, 48 ff.; weitere Beispiele bei Drews - Wacke, op. cit., 46 f.
- 2) Die Merkmale sind unbestimmte Rechtsbegriffe, die der richterlichen Nachprüfung voll unterliegen, BGH DVBl. 1954, 813, Urteil vom 7. 10. 1954; BGE 85 I 225, 233, Urteil vom 11. 11. 1959 und Hans-Rudolf Schwarzenbach, Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. Bern 1965, 27/28.
- 3) Jellinek, VR, 427/428.
- 4) Wieland Schmid, op. cit., 57.

nehmende Gefährdung¹⁾ - für die öffentliche Sicherheit und Ordnung das Einschreiten der Polizei unabdingbar macht.

Bis zu einer gesetzlichen Regelung jedoch wird man umso mehr sein besonderes Augenmerk richten müssen auf die Grenzen der Generalklausel²⁾ und den besonderen Schutz des Einzelnen. Beide Gesichtspunkte bedürfen im Rechtsstaat vornehmlich der Beachtung, damit dessen Prinzipien auf diesem Wege das Polizeirecht beherrschen. Damit erscheint mir der Verzicht auf die ausdrücklich gesetzlich formulierte polizeiliche Generalklausel als tragbar³⁾.

Neben der subsidiären Geltung und der scharfen Umgrenzung der einzelnen Merkmale der Generalermächtigung stehen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs⁴⁾, die Geltung der Grundrechte und das Erfordernis, daß die Polizei nur bestimmte Personen in Anspruch nehmen darf.

Nach diesen Überlegungen zur Ausgestaltung der Grundlagen für das polizeiliche Einschreiten können wir uns der eben angeschnittenen Frage zuwenden, an wen sich die Polizei zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung halten darf.

1) BGE 90 I 1, 8, Urteil vom 19.2.1964.

2) Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang eine neuere Tendenz der deutschen Verwaltungsrechtsprechung: Trotz Geltung der Generalklausel wurde festgestellt, daß sie im Einzelfall keine stets ausreichende Grundlage eines Eingriffs der Exekutive darstellt, BVerwGE 10, 164 = NJW 1960, 1407, Urteil vom 23.2.1960; dazu OVG Münster AS 18, 289, 292, Urteil vom 13.3.1963. Hierauf wird im dritten Teil der Arbeit zurückzukommen sein.

3) Die Formulierung Jellineks (VR, 428), daß man bezüglich der damals gleichen Lage in den süddeutschen Ländern "ein Auge zudrücken müsse", ist zu salopp, um sie heute noch gelten zu lassen.

4) Hierzu ausführlich Max Oberle, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs, Diss. Zürich 1952, passim.

§ 3 DIE POLIZEILICHE INANSPRUCHNAHME VON PERSONEN

I. DIE SUBSIDIARITÄT DIESER MASSNAHME

Solange keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht, hat die Polizei keinen Anlaß, tätig zu werden. Liegt eine derartige Gefahr vor, hat die Polizei zu entscheiden, ob ihr Einschreiten nach den Umständen vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus zweckmäßig und geboten ist. Es gilt also das Opportunitätsprinzip¹⁾. Ob die Polizei ein Einschreiten gegen die Gefahr für angebracht hält, liegt in ihrem pflichtmäßigen Ermessen²⁾. Ist dies der Fall, dann hat die Polizei grundsätzlich zunächst zu versuchen, der Gefahr mit dem Einsatz aller vorhandenen eigenen Kräfte und Mittel Herr zu werden. Zu diesem Zweck wird sie von der Allgemeinheit unterhalten. Ist die Polizei selbst in der Lage, die Gefahr zu beseitigen, dann darf sie keinen Dritten in Anspruch nehmen³⁾. In den meisten Fällen genügen ihre eigenen Kräfte jedoch nicht. Sie ist dann auf die Hilfe Dritter angewiesen, denen sie zur Abwehr der Gefahr durch Ge- oder Verbot ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen vorschreibt.

- 1) Eine Pflicht zum Einschreiten wird aber im Anschluß an Jellineks "Schädlichkeitsgrenze" (VR, 432) dann angenommen, wenn eine intensive Störung oder Gefährdung wesentlicher Rechtsgüter vorliegt, BGH VerwRspr. 5, 319, Urteil vom 22. 12. 1952; hiervon ausgehend hat das OVG Lüneburg (DVBl. 1960, 648, Urteil vom 30. 6. 1960) die Frage nach einem Rechtsanspruch des Einzelnen auf Polizei-Einschreiten aufgeworfen. Hierzu kann nicht Stellung genommen werden, vgl. zu diesem Problem: BVerwGE 11, 95 = DVBl. 1961, 125, Urteil vom 18. 8. 1960; OVG Lüneburg DÖV 1963, 769, Urteil vom 10. 5. 1963; entschieden gegen einen Rechtsanspruch: VG Minden DVBl. 1965, 780, Urteil vom 13. 5. 1964; in den Entscheidungen wird ausgeführt, daß ein Rechtsanspruch dann bestehe, wenn jede andere Entscheidung "schlechthin ermessensfehlerhaft" wäre, vgl. weiterhin: Martens, Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, JuS 1962, 245; W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl. 1964, 649; Gerold Buschlinger, Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1965, 374 und Rupp, op. cit., 268 ff.
- 2) VGH Mannheim VerwRspr. 14, 89, Urteil vom 29. 3. 1960; OLG Hamburg MDR 1962, 130, Urteil vom 8. 9. 1961.
- 3) BGH DVBl. 1957, 864, Urteil vom 30. 4. 1957.

II. DIE ARTEN DER POLIZEILICHEN VERANTWORTLICHKEIT

1. Der Störer im allgemeinen

Die Antwort auf die Frage, wen die Polizei in Anspruch nehmen darf, gaben in Deutschland früher Rechtsprechung und Lehre. Das preußische Polizeiverwaltungsgesetz (pr PVG) vom 1. 6. 1931 regelte diesen Komplex unter dem Oberbegriff der "Polizeipflicht", indem es die in der Praxis gewonnenen Ergebnisse in den §§ 18 ff. formulierte. Die neuen Polizeigesetze der Bundesländer haben sich dem ohne sachliche Änderungen angeschlossen. Heute wird die polizeipflichtige Person allgemein als "Störer" bezeichnet ¹⁾.

Die Schweiz besitzt bisher keine gesetzliche Regelung der allgemeinen Polizeipflicht. In jahrzehntelanger Entscheidungstätigkeit hat das Bundesgericht hierfür die Grundsätze aufgestellt und weiter entwickelt, wobei es von der Wissenschaft unterstützt wurde. Der Begriff der "Störung" taucht bereits im Urteil vom 20. 2. 1886 ²⁾ auf. Bis heute ist es allgemeine Meinung, das die Polizei sich an den Störer zu halten hat ³⁾.

In seinem Urteil vom 19. 2. 1964 bezeichnet das Bundesgericht dies als "allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz" ⁴⁾. Der von Ebnöther ⁵⁾ gebrauchte Ausdruck des "Adressaten der polizeilichen Anordnung" - der auch in Deutschland gelegentlich verwendet wird ⁶⁾ - ist zu ungenau. Denn Adressat einer Polizeiverfügung kann auch ein Nichtstörer sein; einmal im Falle allgemeiner Belehrungen oder Warnungen durch die Polizei, die sie ohne Hilfe Dritter vornimmt, und zum anderen im Falle des polizeilichen Notstandes.

1) OVG Münster OVGE 5, 185 = VerwRspr. 4, 629, Urteil vom 31. 1. 1952.

2) BGE 12, 93, 108.

3) BGE 60 I 108, 122, Urteil vom 23. 2. 1934; BGE 85 I 225, 233, Urteil vom 11. 11. 1959; Fleiner, BStR, 321; ders., KausProbl., 3; Fleiner - Giacometti, BStR, 248; Max Imboden, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2. Aufl. Basel und Stuttgart 1964 (VerwRspr.), 308 zu Nr. 85.

4) BGE 90 I 1, 4.

5) Ebnöther, op. cit., 66; ebenso Obergericht Aargau AGVE 1955, 162, 164, Urteil vom 30. 6. 1955.

6) Herbert Behrendt, Der Adressat der Polizeiverfügung, Diss. Jena 1931, passim und Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913 (Gesetz), 304.

2. Der erfaßte Personenkreis

a. Die natürlichen Personen

Die deutschen Polizeigesetze sprechen von "Personen". Hiermit sind zunächst natürliche Personen gemeint. In der älteren Diskussion wurde zwischen polizeilicher "Rechtsfähigkeit" und polizeilicher "Geschäftsfähigkeit" unterschieden. Polizeilich rechtsfähig soll jeder Mensch sein. Für die polizeiliche Geschäftsfähigkeit soll das Zivilrecht analoge Anwendung finden ¹⁾. Für Schultzenstein ²⁾ fällt zwar im Normalfalle "Polizeifähigkeit" mit "Rechtsfähigkeit" zusammen; im Einzelfall jedoch soll es auf die geforderte Handlung und die geistige Reife zu ihrer Vornahme ankommen. Ein Kind ist also polizeipflichtig, wenn es einsieht, was von ihm verlangt wird, andernfalls nicht. Behrendt ³⁾ verwendet den Begriff der "Handlungsfähigkeit" und denjenigen der "passiven Polizeifähigkeit", deren Vorliegen vom Einzelfall abhängen soll.

Für die Schweiz führt Ruck ⁴⁾ zu dieser Frage aus: "In Sonderfällen - und etwa durch Notstand begründet - richtet sich die Polizeigewalt auch gegen solche, die sich nicht rechtswidrig verhalten, aber wegen des im öffentlichen Interesse liegenden Schutzes ihrer selbst oder Dritter polizeilich in Anspruch genommen werden (z. B. nicht voll Zurechnungsfähige im öffentlichen Verkehr ...)."

Aus diesen Ausführungen läßt sich schließen, daß Ruck die Inanspruchnahme eines nicht voll Zurechnungsfähigen nicht als Normalfall ansieht, sondern als Ausnahme; wobei nach seinen Worten offen bleibt, ob dies ein Fall des polizeilichen Notstandes sein soll.

Aus der Aufgabe der Gefahrenabwehr folgt, daß die Polizei möglichst rasch eingreift und die Gefahr beseitigt, ehe diese größer wird und sich auf andere Lebensbereiche ausdehnt. Zu diesem Zweck muß die Polizei schnell handeln können. Um das zu gewährleisten, muß es genügen, daß die Polizei sich an das äußere

-
- 1) Helmut Exner, Die polizeipflichtigen Personen nach preußischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Personen, Diss. Breslau 1933, 31 ff., 41 ff.
 - 2) Max Schultzenstein, Die Polizeifähigkeit der natürlichen Personen, VerwArch. 28 (1921), 300 ff. (Polizeifähigkeit), 304/305.
 - 3) Op. cit., 4/5, 14/15.
 - 4) Erwin Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Zürich 1951 (VR I), 49.

Erscheinungsbild hält. Die objektive Tatsache einer Störung der öffentlichen Ordnung reicht aus. Es wäre ein Unding, von der Polizei zu verlangen, den Brunnen erst dann zu schließen, wenn das Kind hineingefallen ist ¹⁾. Dasselbe gilt für einen nicht voll Zurechnungsfähigen im Straßenverkehr. Gefährdet er Passanten und Autofahrer, dann braucht die Polizei nicht zuzuwarten, bis sich ein Unfall ereignet ²⁾. Die polizeilichen Vorschriften gelten für Kinder und Geistesschwache wie für jeden normalen Menschen ³⁾.

Die entsprechende Anwendung privatrechtlicher Institute im öffentlichen Recht ist an sich zulässig ⁴⁾, wenn auch die Grenzen im einzelnen streitig sind. Für eine Analogie ist aber immer erforderlich, daß die gleiche Interessenlage besteht ⁵⁾, und daß eine Notwendigkeit für diese Analogie vorliegt ⁶⁾. Weder das eine, noch das andere ist der Fall. Die Interessenlage ist verschieden, weil die Polizei den Gefahrenherd ohne Umschweife beseitigen muß. Daß die Polizei von einem Kind oder einem beschränkt Zurechnungsfähigen nichts für diese Unmöglichkeit verlangen darf, ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ⁷⁾. Einer analogen Begründung der "beschränkten passiven Polizeifähigkeit" bedarf es also nicht.

Nichtrechtsfähige Mehrheiten von natürlichen Personen wie einfache Gesellschaften, Erbengemeinschaften, Miteigentumsverhältnisse, offene Handelsgesellschaften bzw. Kollektivgesellschaften können als solche Störer sein ⁸⁾. Die für die Gesamtheit verantwortlichen Personen können auch selbst in Anspruch genommen

1) Schultzenstein, Polizeifähigkeit, 304.

2) Die Frage des Verschuldens des Kindes oder des nicht voll Zurechnungsfähigen bleibt hier zunächst unberührt, ebenso, ob neben den Genannten andere Personen in Anspruch genommen werden können.

3) Heinz Alex Voigt, op. cit., 68.

4) Fleiner, Inst., 59; Jellinek, VR, 153; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, Über die Bedeutung des Privatrechts für die öffentliche Verwaltung und seine Beziehungen zum Verwaltungsrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, neue Folge, Heft 317, Bern 1956, 31 ff.

5) Lehmann - Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl. Berlin 1966, § 8 III 3, 64.

6) Forsthoff, op. cit., § 9, 168; H. Meier-Brancke, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht, AöR 50 (11 n. F., 1926), 230 ff., 244.

7) Drews - Wacke, op. cit., 284 ff.; Oberle, op. cit., 80 ff.

8) Reiff, op. cit., Erl. II 3 zu § 7 bw PolG; Ebnöther, op. cit., 68; PrOGE 48, 363, 364, Endurteil vom 24. 4. 1906.

werden ¹⁾.

Das Ergebnis ist, das Störer jede natürliche Person sein kann. Müller ²⁾ formuliert knapp und präzise: "Störer können auch zivil- und strafrechtlich weder Handlungs- noch deliktsfähige Personen sein."

b. Die juristischen Personen des Privatrechts

Es ist hier nicht der Ort, auf deren Rechtsnatur einzugehen ³⁾. Sie handeln durch ihre Organe. Als Subjekte öffentlicher Rechte und Pflichten sind sie Personen im Rechtssinne und können Störer sein. Dies ist unbestritten ⁴⁾ und nach Drews - Wacke ⁵⁾ "selbstverständlich". Fleiner ⁶⁾ macht die Einschränkung, das staatlicher Zwang nur gegen die Organe als physische Personen möglich sei. Indessen werden hier strafrechtliche Grundsätze auf das Verwaltungsrecht übertragen. Das Strafrecht kennt im allgemeinen keine Straffähigkeit juristischer Personen ⁷⁾. Selbst das Strafrecht macht aber Ausnahmen ⁸⁾. Außerdem ist der Verwaltungszwang keine Strafe ⁹⁾, sondern die Reaktion auf die Nichtbefolgung einer polizeilichen Verfügung mit dem Ziele, die Befolgung zu erzwingen.

Unabhängig hiervon ist es, wenn ein Organ der juristischen Person des Privatrechts - etwa ein Vorstandsmitglied - Störer ist. Dann ist es polizeipflichtig ¹⁰⁾.

1) Drews - Wacke, op. cit., 208.

2) Heinrich Müller, op. cit., 102.

3) Näheres hierzu: Exner, op. cit., 49 ff.; Hans Joachim Münzel, Die polizeiliche Verantwortlichkeit der juristischen Person, Diss. Göttingen 1925, 12 ff.; Lehmann - Hübner, op. cit., § 60, 434 ff.

4) Otto Mayer, VR I, 270; Jelinek, VR, 173; Max Schultzenstein, Polizeiwidriges Handeln und Vertretung, VerwArch. 14 (1906), 1 ff. (Handeln), 42; Ebnöther, op. cit., 67.

5) Op. cit., 208.

6) Inst., 163 Anm. 47; zum umgekehrten Ergebnis kommt Buch, Das nicht-kodifizierte Verwaltungszwangsrecht in Preußen, AöR 31 (1913), 326 ff., 360.

7) Münzel, op. cit., 12 ff.; BGE 85 IV 95, 99/100, Auszug aus dem Urteil vom 26. 5. 1959; BGE 41 I 212, 214, Arrêt du 7. 7. 1915.

8) Schönke - Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. München und Berlin 1965, Vorbem. VI vor § 47 StGB, RNr. 51 ff.; Vital Schwander, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl. Zürich 1964, 66/67, RNr. 129.

9) BVerwG DVBl. 1965, 768, Urteil vom 14. 1. 1965.

10) Senger - Kurzmann, op. cit., Erl. 3 zu § 18 OBG.

Voigt¹⁾ ist daher mißverständlich, wenn er schreibt, daß die Polizei sich wahlweise an die Organe oder die juristische Person halten könne. Dies ist nur dann der Fall, wenn beide Störer sind.

Gegenüber juristischen Personen des Privatrechts ist also Zwang möglich, und sie können Störer sein.

c. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts

In Deutschland wird herkömmlicherweise unterschieden zwischen fiskalischer und hoheitlicher Tätigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Bei ersterer begeben sie sich auf die Ebene des Zivilrechts und kommen daher für die Polizei als Störer in Betracht. Werden sie aber hoheitlich tätig, ist es der Polizei versagt, gegen sie einzuschreiten²⁾.

Überraschend ist die Situation in der Schweiz. Ebnöther³⁾ schreibt: "Dazu ist, um alle Mißverständnisse auszuschließen, noch zu bemerken, daß selbstverständlich alle Maßnahmen des Heimatschutzes - eine ausdrückliche gegenteilige Regelung vorbehalten - nicht nur gegenüber natürlichen Personen, sondern auch gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts ergriffen werden können." Zur Begründung trägt er außer dem Hinweis auf den objektiven Zustand und das Verschulden vor: "Daß grundsätzlich jedermann Störer ist, der unmittelbar die Interessen des Heimatschutzes verletzt, kommt in den Rechtssätzen meist in der Weise zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber erklärt: 'Es ist untersagt' oder 'Es ist jedermann verboten', bestimmte Objekte zu verunstalten."

1) Heinz Alex Voigt, op. cit., 71.

2) Ausführlich in diesem Sinne: Karl Hurst, Ordnungsbehördliche bzw. polizeiliche Verfügungen gegen Staat und Gemeinden, Die Polizei 51 (1960), 117 ff. Eine Ausnahme von dieser herrschenden Lehre macht noch weiter gehend Exner, op. cit., 58 ff.: Er trennt zwischen dem Staat mit ursprünglicher Zwangsgewalt und den Körperschaften mit abgeleiteter Zwangsgewalt. Ersterer könne nie Störer sein, auch nicht bei fiskalischer Tätigkeit; letztere könnten Störer bei fiskalischer, nicht aber bei hoheitlicher Betätigung sein.

3) Ebnöther, op. cit., 67; Heinz Alex Voigt (op. cit., 71) spricht nur von juristischen Personen.

Es bedeutet für Ebnöther also keinen Unterschied, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechts hoheitlich handelt oder nicht. Verstößt sie gegen Belange des Heimatschutzes, dann ist sie Störer, auch wenn es sich z.B. um das Militär handelt.

Daß die Polizei nach deutscher Auffassung in die hoheitlichen Funktionen eines anderen Verwaltungsträgers nicht eingreifen darf, wird damit begründet, daß die Polizei ein Teil der als Einheit aufzufassenden Gesamtorganisation der Staatsverwaltung ist ¹⁾. Die Aufgliederung in einzelne Verwaltungszweige führt zu deren selbständigem Nebeneinander in der Staatsverwaltung. Jeder staatliche Aufgabenträger hat sich auf das ihm zugewiesene Ressort zu beschränken und darf nicht in die Kompetenz eines anderen eingreifen. Drews - Wacke ²⁾ kommen mit ähnlichen Überlegungen zu dem Ergebnis, daß die Polizei "selbstverständlich" nicht in den hoheitlichen Aufgabenbereich öffentlicher Behörden eingreifen darf. Das ist jedoch durchaus nicht selbstverständlich. Selbst Weimar, der im übrigen die gleiche Auffassung vertritt, will für Not- und Katastrophenfälle eine Ausnahme machen ³⁾. Außerdem gibt es gesetzliche Vorschriften, die der Polizei derartige Eingriffe gestatten ⁴⁾.

1) OVG Lüneburg VerwRspr. 10, 727, Urteil vom 18. 6. 1957; hier wurde die Zulässigkeit des Einschreitens der Polizei gegen die hoheitlich handelnde Bundespost verneint: Die Polizei hatte nächtliches ruhestörendes Paketverladen untersagt.

Das pr OVG hat von Anfang an diese Meinung vertreten und polizeiliche Eingriffe nur bei fiskalischer Betätigung zugelassen, PrOVGE 2, 399 ff., Urteil vom 5. 5. 1877 und PrOVGE 80, 253 ff., Urteil vom 28. 1. 1926.

2) Op. cit., 210, vgl. auch 125 f.

3) Robert Weimar, Der polizeiliche Eingriff in den Wirkungsbereich anderer staatlicher Aufgabenträger, DÖV 1960, 115, im Anschluß an Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1949 (VR), 301 Anm. 2.

4) In Deutschland § 48 der Straßenverkehrsordnung vom 13. 11. 1937, i. d. F. d. Bek. vom 29. 3. 1956; in der Schweiz Art. 27 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Straßenverkehr vom 19. 12. 1958 und Art. 16 der Verordnung über die Straßenverkehrsregeln vom 13. 11. 1962.

Außerdem bestehen spezielle Vorschriften der deutschen Eisenbahn-Bau und -Betriebsordnung, die es der Polizei erlauben, in den Bundesbahnbetrieb selbst bei hoheitlicher Tätigkeit einzugreifen; dazu näher: Rainer Koschel-la, Bundesbahnhoheit und Landespolizeirecht, DÖV 1964, 194, 197 und Ulrich Mlitzko, Bundeseisenbahnen und Landespolizei, DÖV 1964, 730, 731.

Zur Veranschaulichung mögen zwei Beispiele dienen:

Bei einem Manöver wird ein Militärschießplatz benützt; häufige Querschläger gefährden Dritte ("Manöver-Fall"¹⁾).

Ein weiterer Fall ist besonders aktuell:

Über einem Kurort durchbrechen Düsenjäger des Militärs laufend die Schallmauer. Hierdurch entstehen Gesundheitsschäden und erhebliche Sachschäden ("Düsenjäger-Fall").

Darf die Polizei gegen das Militär - etwa durch das Verlangen einer Schutzwand im ersten Falle oder der Verminderung der Geschwindigkeit im zweiten Falle - vorgehen? Voraussetzung dafür ist, daß auch der hoheitlich handelnde Staat verpflichtet ist, Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu vermeiden. Diese Verpflichtung ergibt sich aus folgendem: Wenn schon dem Einzelnen eine Verantwortung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auferlegt wird, dann muß das umso mehr gelten für öffentliche Behörden. Sie müssen zuallererst die öffentliche Sicherheit und Ordnung wahren. Dies ergibt sich aus der Natur der Sache: Hoheitliche Tätigkeit darf sich nicht in Widerspruch zur öffentlichen Sicherheit und Ordnung setzen²⁾. Rudolf spricht für diesen Fall ausdrücklich von der Polizeipflichtigkeit der Hoheitsträger³⁾.

Wird die Eingriffsbefugnis der Polizei auf den fiskalischen Bereich - wie bisher - beschränkt, so tauchen einige Schwierigkeiten auf. War es schon früher nicht leicht, die Fiskal- von der Hoheitsverwaltung zu trennen, so gilt dies heute in noch stärkerem Maße. Die bedeutende Beteiligung an der Versorgung der Bevölkerung durch die Leistungsverwaltung⁴⁾ bedingt eine Fülle von staatlichen Ein-

- 1) Die mit einem Stichwort gekennzeichneten typischen "Grund-Fälle" werden am Schluß der Arbeit zusammengestellt, um das Auffinden zu erleichtern. Dabei werden für jeden Fall die Seitenzahlen angegeben, wo sich die Sachverhaltsschilderung, und wo sich die Lösung des Falles findet.
- 2) Drews - Wacke (op. cit., 210) weisen auf die Ressortenteilung hin, wonach jede öffentliche Behörde die Aufgabe hat, in ihrem Bereich die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu wahren. Trotzdem kommen sie zum entgegengesetzten Ergebnis.
- 3) Walter Rudolf, Polizei gegen Hoheitsträger, Tübingen 1965, Recht und Staat, Heft Nr. 312, 16.
- 4) Näheres bei Forsthoff, op. cit., Vorbem. vor § 9, 340 ff.; weiterhin: Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, Recht und Staat, Heft Nr. 328, 14 ff.

griffsmöglichkeiten. Von deren Rechtsform - privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Organisationsform - die Qualifizierung als Hoheitsverwaltung abhängig zu machen, hieße ein untätiges Kriterium zu verwenden. Denn die Wahl der Rechtsform richtet sich nach der Praktikabilität im Einzelfalle, nicht nach den Funktionen, welche die Verwaltung zu erfüllen hat.

Es hinge also vom Zufall ab, ob die Polizei eingreifen darf. Besonders eindringlich zeigt dies die deutsche Rechtsprechung zur Amtshaltung, die sich hierbei in eine unübersehbare Kasuistik eingelassen hat ¹⁾. Die Abgrenzungsschwierigkeiten sind in diesem Bereich stark angewachsen. Die Polizei aber müßte in dieser Zone der Unsicherheit eine scharfe Grenzziehung vornehmen bei der Entscheidung, ob sie eingreifen darf. Dieses Untertangen käme der Quadratur des Kreises gleich ²⁾.

Andererseits würde es zu weit gehen, wenn die Polizei sich allgemein die Rolle einer Oberbehörde anmaßen würde. Gegen sämtliche Gefahren aus dem Bereich einer anderen Behörde kann sie nicht eintreten. Haben diese Behörden die Pflicht, die öffentliche Sicherheit und Ordnung in ihrem Bereich zu wahren, dann sind die hierfür auch ausschließlich berufen, wenn die Gefahr sich nur in ihrem inneren Bereich auswirkt ³⁾. So etwa im Manöver-Fall, wenn die Querschläger auf dem Gebiet des Truppenübungsplatzes bleiben. Für die Polizei besteht erst dann Anlaß zum Einschreiten, wenn darüber hinaus die allgemeine Sicherheit und Ordnung gefährdet ist ⁴⁾. Im Ergebnis führt die Frage zu einer Interessenabwägung zwischen der Notwendigkeit der staatlichen Unternehmung und den Gefahren für die Allgemeinheit.

Im Düsenjäger-Fall kann man dann zur Zulässigkeit eines Einschreitens kommen, wenn keinerlei Notwendigkeit zur Durchbrechung der Schallmauer über dem Kur-

- 1) Beispielsweise ist der Kraftpostbetrieb hoheitlich (BGHZ 20, 102, Urteil vom 23. 2. 1956), während der Bahnbusbetrieb fiskalisch sein soll; weitere Beispiele bei Rudolf, op. cit., 20 Anm. 47.
- 2) Rudolf, op. cit., 21 Anm. 48.
- 3) Insoweit ist Drews - Wacke (op. cit., 125) zuzustimmen.
- 4) Die Polizei muß also einen Gefängnishund mindestens solange "hoheitlich bellen" lassen, als nicht erhebliche Güter Dritter dadurch verletzt werden, was wohl kaum einmal der Fall sein dürfte ("Gefängnishund-Fall"). Im Manöver-Fall - verbunden mit dem Beispiel von Ebnöther - ist das Militär sicher in der Lage, den Eingriff in den Heimatschutz mit militärischer Notwendigkeit zu rechtfertigen. Dieses Interesse ist also vorrangig.

ort besteht - wobei das Interesse der Landesverteidigung entsprechend zu berücksichtigen ist -, und die Gefahren für die Allgemeinheit sehr erhebliche sind.

Es ergibt sich aus obigen Ausführungen, daß es der Polizei nicht schlechthin verwehrt sein kann, in den Tätigkeitsbereich anderer Hoheitsträger einzugreifen, wenn von ihnen Störungen der allgemeinen Sicherheit und Ordnung ausgehen. Eine zweite Frage ist es, ob gegen sie polizeiliche Zwangsmittel eingesetzt werden können. Dies wird von der herrschenden Meinung sogar für den fiskalischen Bereich verneint¹⁾. Damit wird die Waffe in der Praxis stumpf, und es wird nur auf dem Dienstwege über die gemeinsame übergeordnete Dienststelle Abhilfe zu schaffen sein²⁾.

Grundsätzlich läßt sich indes festhalten, daß auch juristische Personen des öffentlichen Rechts - selbst bei hoheitlicher Tätigkeit - Störer sein können. Die Prüfung hat also eine Ablehnung der in Deutschland bislang herrschenden Lehre ergeben³⁾. Der von Ebnöther für die Schweiz zum Ausdruck gebrachten Meinung ist nach allem zuzustimmen.

1) Drews - Wacke, op. cit., 361. Der gesetzliche Niederschlag findet sich in § 17 des deutschen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes vom 27. 4. 1953, wonach gegen Behörden und juristische Personen des öffentlichen Recht Zwangsmittel unzulässig sind.

2) Hierauf verweist denn auch Harry von Rosen-von Hoewel, Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1953, Erl. I zu § 17 des Gesetzes.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn eine Gemeinde Störerin ist, etwa als Eigentümerin eines Grundstücks; Da die Gemeindeorgane Polizeibehörde sind, taucht hier das Problem des polizeilichen Einschreitens gegen andere öffentliche Behörden nicht auf. Bleiben die Gemeindeorgane untätig, sind sie durch die vorgesetzte Landes- bzw. Kantonsbehörde mit den Mitteln der Dienst- und Fachaufsicht zur Erfüllung ihrer Aufgaben anzuhalten. Dieser Komplex liegt außerhalb des Polizeirechts.

3) Aus der lapidaren Formulierung von Reiff op. cit., Erl. II 2 zu § 6 bw PolG) "Personen sind natürliche oder juristische Personen" ist nicht zu ersehen, ob er sich gegen die h. M. wendet. Das Urteil des OVG Münster vom 9. 1. 1962 (OVGE 17, 185 = DÖV 1962, 617), wonach eine Naturschutzbehörde Störer sein kann, ist vereinzelt geblieben.

3. Der Verhaltensstörer

a. Der Begriff des Verhaltens

Die Paragraphen der deutschen Länderpolizeigesetze schließen sich an die klassische Formulierung des § 19 Abs. 1 pr PVG an und drücken mit gleichen oder ähnlichen Worten denselben Sachverhalt aus ¹⁾. § 19 Abs. 1 pr PVG lautete: "Wird die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch das Verhalten von Personen gestört oder gefährdet, so haben sich die Polizeibehörden an diejenigen Personen zu halten, die die Störung oder Gefahr verursacht haben."

In der Schweiz wird ausdrücklich zunächst nicht auf das Verhalten von Personen abgestellt. Eine Analyse der Entscheidungen des Bundesgerichts zeigt folgendes: Das Urteil vom 20. 2. 1886 ²⁾ spricht von "Begehung rechtswidriger Handlungen". Bereits in einer Entscheidung im 60. Bande ³⁾ wird als genügend erachtet, daß die Störung dem Verhalten einer Person entspringt. Nach neueren Urteilen wird zum Mitstörer, wer sich nicht mehr in der Ausübung eines Rechts befindet ⁴⁾. Die Worte "Begehung" und "Ausübung" besagen sachlich nichts anderes als Verhalten. Im 91. Bande ⁵⁾ wird ausdrücklich wieder auf das Verhalten abgestellt, das die Person zum Störer macht. Ebnöther ⁶⁾ umschreibt dasselbe näher durch den Ausdruck "persönliches Verhalten."

Da es auf den Inhalt der Aussage und nicht auf den wechselnden Ausdruck ankommt, kann festgestellt werden: Sowohl in Deutschland als auch der Schweiz muß eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch das Verhalten von Personen herbeigeführt worden sein.

-
- 1) Baden-Württemberg: § 6 Abs. 1 PolG; Bayern: Art. 9 Abs. 1 PAG; Berlin: § 19 Abs. 1 PVG; Bremen: § 5 Abs. 1 PolG; Hamburg: § 19 Abs. 1 (pr) PVG; Hessen: § 12 SOG; Niedersachsen: § 6 Abs. 1 SOG; Nordrhein-Westfalen: § 17 Abs. 1 OBG; Rheinland-Pfalz: § 23 PVG; Saarland: § 37 Landesverwaltungs-gesetz (§ 19 pr PVG); Schleswig-Holstein: § 19 Abs. 1 (pr) PVG.
 - 2) BGE 12, 93, 109.
 - 3) BGE 60 I 108, 124, Urteil vom 23. 2. 1934.
 - 4) BGE 87 I 112, 114, Auszug aus dem Urteil vom 24. 5. 1961; zustimmend zitiert im Urteil vom 19. 2. 1964, BGE 90 I 1, 5.
 - 5) BGE 91 I 144, 148, Urteil vom 29. 1. 1965.
 - 6) Op. cit., 66.

Unter Verhalten versteht man Handeln oder Unterlassen ¹⁾. Zuweilen wird auch der Ausdruck "positives oder negatives" Handeln gebraucht ²⁾. Indessen kann man nicht negativ handeln. Der Begriff der Handlung setzt positives Tun voraus; wer handelt, tut etwas ³⁾. Im Gegensatz hierzu steht das Unterlassen als "etwas nicht tun". Es leuchtet indessen ein, daß jeder Mensch immer etwas "nicht tut", d. h. eine Handlung nicht vornimmt, sofern man eine solche von ihm erwartet. Wollte man den Menschen für jedes Nichttun verantwortlich machen, würde man ins Uferlose geraten. Dies wurde auch frühzeitig von der Rechtsprechung erkannt. Der VGH Baden ⁴⁾ sprach von "pflichtwidrigem Unterlassen"; das pr OVG betonte, daß ein Unterlassen nur dann eine Störung ist, wenn der Nichthandelnde zu einem bestimmten Tun verpflichtet ist ⁵⁾. Das Obergericht des Kantons Aargau hat im Urteil vom 28. 9. 1961 ⁶⁾ festgestellt, daß der Störer auch durch Unterlassen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden kann, wobei die Pflichtwidrigkeit sich aus dem Gesetz ergab. Es führt aus: "Der Begriff ('gefährden') enthält aber auch nicht zwingend das Merkmal des aktiven Handelns; die Gefährdung kann durchaus gerade durch Unterlassen zustandekommen. Daß auslaufendes, über einem Grundwasservorkommen versickerndes Öl in wahrscheinlich erheblichem Quantum Gewässer der nahen Gefahr der Verschmutzung aussetzt oder doch aussetzen kann, ist allgemein bekannt und ist daher nicht erst noch zu beweisen" ("Öl-Fall").

Rein passives Verhalten genügt also nicht. Die Verantwortlichkeit des Unterlassens beruht auf der Nichterfüllung einer rechtlichen Pflicht ⁷⁾. Diese Rechtspflicht zum

1) Wilhelm Franzen, Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, Erster Band, Greifswald 1932, 186 und 244; Ule - Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Köln - Berlin - Bonn - München 1965, Erl. A I 1 a zu § 19 (pr) PVG, RNr. 2.

2) Heinrich Müller, op. cit., 101/102; Drews, op. cit., 41.

3) Es geht hier um den natürlichen Handlungsbegriff. Kein Anlaß besteht, auf den im Strafrecht bestehenden Streit zwischen kausaler und finaler Handlungslehre einzugehen, dazu Edmund Mezger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München und Berlin 1958 (StuB), 44 ff. und Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl. Berlin 1965, § 8, 29 ff.

4) ZBadVerw 1936, 148, 150, Urteil vom 18. 3. 1936.

5) PrOVGE 55, 267, 270, Urteil vom 23. 9. 1909.

6) AGVE 1961, 127, 134.

7) Scholz-Forni, Über die Verantwortlichkeit des Urhebers eines polizeiwidrigen Zustandes und über den Ausschluß der Verantwortlichkeit im Falle der Ausübung eines Rechtes, VerwArch. 30 (1925) (Verantwortlichkeit), 11 und 72.

Tun hat ihre offensichtliche Parallele im Strafrecht bei den unechten Unterlassungsdelikten¹⁾. Die Ähnlichkeit ist unschädlich, denn die Begründung der Rechtspflicht in beiden Rechtsgebieten ist verschieden. Exner²⁾ will diese Frage ohne Begründung "ebenso behandeln, wie die gleichliegende im Strafrecht". Dem kann nicht zugestimmt werden. Im Polizeirecht gilt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eine Rechtspflicht zum Tun besteht also nur, wenn sich aus dem Gesetz eine solche ergibt³⁾.

b. Die Frage der Aufrechterhaltung des Begriffs "Handlungsstörer"

Es hat sich gezeigt, daß der Einzelne im Polizeirecht auch für sein Unterlassen verantwortlich sein kann. Der Begriff der Handlung als positives Tun umfaßt aber das Unterlassen nicht. Er ist somit zu eng.

In der polizeirechtlichen Literatur und Rechtsprechung Deutschlands hat man bislang hieran keinen Anstoß genommen und unbekümmert den Ausdruck "Handlungsstörer" verwendet⁴⁾. Immerhin geben Drews - Wacke zu, daß der Ausdruck Verhaltenshaftung besser wäre⁵⁾. Die Begründung, daß man sich an die Bezeichnung "Handlungsstörer" gewöhnt habe, mag zwar richtig sein, das ist jedoch kein Alibi für unrichtige und irreführende Ausdrucksweise. Ist der genaue Ausdruck ohne weiteres klar und eindeutig, so ist nicht einzusehen, warum er nicht auch verwendet werden soll.

- 1) Exner, op. cit., 14; Aufzählung bei Schönke - Schröder, op. cit., Vorbem. VI 2 ff. vor § 1 StGB, RNr. 101 ff.
- 2) Op. cit., 14.
- 3) Ebenso Klausner - Kerstiens - Kempner, Kommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, Berlin 1932, Erl. IV 2 b zu § 19 pr PVG. Scheer - Trubel (Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz, 6. Aufl. Hamburg 1961, Erl. C I zu § 19 pr PVG) gehen zu weit, wenn sie sogar eine Vertragspflicht genügen lassen wollen. Ule - Rasch (op. cit., Erl. A I 1 a zu § 19 (pr) PVG, RNr. 2) begrenzen zwar auf Normen des öffentlichen Rechts wie der VGH Baden (ZBadVerw 1930, 7, 9, Urteil vom 9.1.1929), lassen aber Gewohnheitsrecht genügen.
- 4) Dies feststellend, aber keine Folgerungen ziehend: Elmar Moser, Welche Verursachungstheorie gilt im Rahmen der polizeirechtlichen Handlungshaftung?, Diss. Tübingen 1960, 25 ff., wie sich bereits aus dem Titel ergibt.
- 5) Op. cit., 217; an anderer Stelle (245, Überschrift b) verwenden sie den Ausdruck "Verhaltensstörer" selbst.

Hinzu kommt, daß die Schweiz den Ausdruck "Handlungsstörer" expressis verbis nicht verwendet. Sachlich besteht kein Unterschied, wie gezeigt wurde. Das richtige Abstellen auf das Verhalten einer Person läßt es zu, auch für die Schweiz vom "Verhaltensstörer" zu sprechen und diesen Ausdruck für beide Länder zu gebrauchen.

Ule - Rasch ¹⁾ und König ²⁾ verwenden das Wort "Verhaltenshaftung". Bedenken erwecken die zivilrechtlichen Vorstellungen, die hierbei anklingen. Die Verantwortlichkeit nach Zivilrecht einerseits und nach Polizeirecht andererseits ist jedoch grundverschieden. Daher fallen beide auch nicht automatisch zusammen ³⁾. Insbesondere stellt das Polizeirecht auf den äußeren Tatbestand der Störung ab, während das Zivilrecht im Regelfalle die subjektive Seite berücksichtigt. Um Mißverständnissen aus dem Wege zu gehen, ist es daher besser, auf diesen zivilrechtlichen Teil des Ausdrucks zu verzichten.

Das Wort "Verhaltensstörer" verdient den Vorzug. Es wird aus diesen Gründen statt des überkommenen Handlungsstörers hier durchgehend verwendet.

c. Die Verursachung der Störung

Die deutsche Meinung verlangt neben dem Verhalten von Personen, das diese die Störung oder Gefahr verursacht haben. Schon vor Inkrafttreten des pr PVG hat dies das pr OVG ausgesprochen ⁴⁾, ebenso der VGH Baden ⁵⁾.

1) Op. cit., Erl. A I zu § 19 (pr) PVG, RNr. 1.

2) Hans-Günther König, Allgemeines Sicherheits- und Polizeirecht in Bayern, Köln - Berlin - Bonn - München 1962, Vorbem. II 1 zu Art. 9 ff. PAG.

3) Hans Ulrich Scupin, Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1957, (Das Polizeirecht), 641. Imboden, VerwRspr., 308 zu Nr. 85; "Der Begriff des Störers bleibt jedoch unabhängig von dem des privatrechtlichen Ersatzpflichtigen; jemand kann im polizeirechtlichen Sinne Störer sein, obwohl die Ersatzpflicht aus einem besonderen Grund einen anderen trifft." BGE 91 I 295, 302, Urteil vom 12. 3. 1965; "Dabei kommt nichts darauf an, ob der Inhaber der Gewalt privatrechtlich für die entstandenen Schäden hafte ..." Vgl. auch das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 28. 9. 1961, AGVE 1961, 127, 133/134.

4) PrOVGE 40, 216, 217, Bescheid vom 28. 10. 1901.

5) VGH Baden ZBadVerw 1936, 148, 150, Urteil vom 18. 3. 1936.

Schreibt das schweizerische Bundesgericht im Arrêt du 11. 6. 1937 ¹⁾ etwas allgemein, " ... ces mesures doivent être ... dirigées contre ceux qui mettent cet ordre en danger", so formuliert es klar im 60. Bande ²⁾: " ... durch geeignete ... Mittel, die sich gegen den die Gefahr verursachenden Störer richten." Fleiner ³⁾ kann schon 1934 ausführen: "Es ist unbestritten, daß sich die Polizei nur an den Verursacher der Störung halten darf."

Ist dies auch allgemeine Rechtsüberzeugung in beiden Ländern, so ist hiermit erst die Basis geschaffen. Von hier aus geht der Streit der Meinungen, der uns eingehend beschäftigen wird.

4. Die Verantwortlichkeit neben Abhängigen

Für eigenes Verhalten ist man gegebenenfalls polizeipflichtig. Entstehen für andere muß man dann, wenn sich diese Personen in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis befinden. Zwei Fälle sind dabei zu unterscheiden:

a. Der Sorgeberechtigte

Jede natürliche Person kann polizeipflichtig sein. Daneben ist in Deutschland bei Kindern bis zu vierzehn Jahren ⁴⁾, bei wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche Entmündigten oder bei unter vorläufige Vormundschaft Gestellten der Sorgeberechtigte verantwortlich. Das sind entweder Vater und Mutter, Vormund oder Pfleger ⁵⁾.

1) BGE 63 I 213, 222; ähnlich BGE 12, 93, 109, Urteil vom 20. 2. 1886: "zu Störungen ... Anlaß geben."

2) BGE 60 I 108, 122, Urteil vom 23. 2. 1934.

3) KausProbl., 3; ebenso Heinrich Müller, op. cit., 100 Anm. 21.

4) Diese Altersgrenze findet sich bei fast allen deutschen Polizeigesetzen. Lediglich das bw PolG erhöht in § 6 Abs. 2 das Alter auf 16 Jahre; mit Recht bemerkt Ule (Bemerkungen, bad-württ VBl. 1956, 86) dazu, daß dies nicht recht einleuchten will. Das hessische SOG erweitert in § 13 Abs. 1 sogar auf Minderjährige überhaupt.

5) Genaue Aufzählung bei Ule - Rasch, op. cit., Erl. A II zu § 19 (pr) PVG, RNr. 17 ff. Weiter geht das bayrische Recht: Nach Art. 9 Abs. 2 PAG sind auch Aufsichtspflichtige wie Krankenpfleger und Kindermädchen verantwortlich, vgl. König, op. cit., Anm. II 2 zu Art. 9 PAG.

Voigt ¹⁾ formuliert für die Schweiz: "Der Gewalthaber (Eltern, Vormund ...) haftet für die seiner Gewalt unterworfenen Personen." Dies heißt nach Art. 273 und 14 ZGB, daß die Eltern bis zum vollendeten 20. Lebensjahr der Kinder neben diesen verantwortlich sind. Die zivilrechtlichen Bestimmungen des Art. 19 Abs. 3 ZGB und des Art. 54 Abs. 1 OR, wonach urteilsfähige Kinder voll deliktischfähig sind, und nicht urteilsfähige Kinder nach Billigkeit auf Schadensersatz haften, stehen hiermit nicht in Widerspruch. Polizeiliche Verantwortlichkeit und zivilrechtliche Haftung liegen auf verschiedenen Ebenen ²⁾.

b. Der Dienstherr

Anknüpfend an § 19 Abs. 3 pr PVG statuieren die deutschen Polizeigesetze eine Verantwortlichkeit des Dienstherrn neben seinem Verrichtungsgehilfen. Erforderlich ist eine Abhängigkeit vom Dienstherrn, die sich in einer Bindung an dessen Weisungen äußern muß. Außerdem ist notwendig, daß in Ausführung der Verrichtung gehandelt wird ³⁾. Es ist daher nicht zu billigen, wenn das pr OVG ⁴⁾ sowie das sächs OVG ⁵⁾ den Gastwirt für das polizeimäßige Verhalten ihrer Gäste auf diesem Wege verantwortlich machen. Denn eine soziale Abhängigkeit liegt nicht vor. Zutreffend hat dagegen das OVG Lüneburg ⁶⁾ für die mit dem Verteilen von Werbeplakaten beauftragten Anhänger einer politischen Partei deren Vorsitzenden in Anspruch genommen ⁷⁾.

Die schweizerische Wissenschaft macht ebenfalls den Dienstherrn verantwortlich für Verrichtungen der abhängig Tätigen. Voigt ⁸⁾ benutzt das Beispiel des Inhabers einer Fuhrhaltereier. Dieser ist polizeipflichtig für ein von seinen Knechten auf der Straße stehen gelassenes Gespann. Wenn Ebnöther schreibt ⁹⁾: "Unmittel-

1) Heinz Alex Voigt, op. cit., 68/69.

2) Daher kann auch Ernst Holtzmann (Die polizeiliche Verantwortlichkeit für das Handeln anderer, DVBl. 1964, 420 (Verantwortlichkeit)) nicht beige-pflichtet werden, wenn er mit reinen zivilrechtlichen Gedanken die Verantwortlichkeit auf alle Minderjährigen ausdehnen will.

3) Peters, VR, 382.

4) PrVBl. 37 (1915/16), 153, Urteil vom 25.9.1914.

5) JbsächsOVG 6, 153, Urteil vom 15.7.1904.

6) OVG 5, 325 = DVBl. 1951, 733, Urteil vom 15.8.1951.

7) Den Auftraggeber behandeln ebenfalls als Störer: PrOVGE 83, 255, 263, Urteil vom 28.6.1928 und PrOVGE 87, 301, 309, Urteil vom 15.5.1930.

8) Heinz Alex Voigt, op. cit., 69.

9) Op. cit., 70.

barer Störer kann neben dem Arbeitgeber auch der Arbeitnehmer sein", so ist dies von der anderen Seite her gesehen; Neben dem Arbeitnehmer kann auch der Arbeitgeber Störer sein ¹⁾.

c. Die Frage der Übernahme des Begriffs "Zusatzhaftung"

Drews - Wacke ²⁾ schlagen für beide angeführten Fälle der Verantwortlichkeit neben Abhängigen den Begriff 'Zusatzhaftung' vor. Ule - Rasch ³⁾ schließen sich dem an. Dieser Vorschlag erscheint bedenklich. Die Ausdrücke "Sorgeberechtigter", "Gewohnhaber", "Dienstherr" und "Verrichtungsgehilfe" stammen bereits aus dem Zivilrecht. Dies hat seinen sachlichen Grund darin, daß die Verantwortlichkeit für andere zunächst im Zivilrecht geregelt worden war. Das öffentliche Recht hat diese Ausdrücke übernommen. Wesensmerkmal des zivilen Schadensersatzrechtes ist in beiden Fällen die Möglichkeit der Exculpation ⁴⁾. Diese rechtfertigt sich aus dem vermuteten Verschulden des Verantwortlichen.

Die Verantwortlichkeit für andere im Polizeirecht beruht aber nicht hierauf. Vielmehr ist hier maßgebend die Möglichkeit der Einflußnahme auf den sozial Abhängigen zu polizeimäßigem Verhalten. Man kann daher als Grund für die Verantwortlichkeit eine Mitverursachung des Sorgeberechtigten bzw. Dienstherrn bezeichnen.

Ist es schon unvermeidlich, einzelne zivilrechtliche Begriffe zu übernehmen, so ist es nicht notwendig, die Assoziation zum Zivilrecht noch durch den Begriff der "Zusatzhaftung" zu verstärken. Richtig ist allerdings, daß durch das Wort "Zusatz" die kumulative Verantwortlichkeit hervorgehoben wird. Gegen das Wort "Haftung" sprechen aber zusätzlich die oben angeführten Gründe. Der Begriff der "Verantwortlichkeit neben Abhängigen" ist zwar nicht so einprägsam, er vermeidet aber Mißverständnisse.

1) BGE 87 I 451, 457, Auszug aus dem Urteil vom 20.9.1961; die strafrechtliche Argumentation mit der mittelbaren Täterschaft ist hier unbeachtlich, denn es ging in dem Urteil um eine Bestrafung des Auftraggebers.

2) Op. cit., 218 und 219.

3) Op. cit., Erl. A II 3 zu § 19 (pr) PVG, RNr. 20.

4) §§ 831 Abs. 1 Satz 2, 832 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie Art. 333 Abs. 1 ZGB und Art. 55 Abs. 1 OR.

Auf diesen Unterschied weist zwar auch Holtzmann hin (Verantwortlichkeit, DVBl. 1964, 421), er zieht aber daraus die Folgerung einer Begrenzung der Verantwortlichkeit des Dienstherrn in finanzieller Hinsicht.

5. Der Zustandsstörer

Eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kann nicht nur durch das Verhalten von Personen hervorgerufen werden, sondern auch durch den Zustand von Sachen.

Im deutschen Recht war hier vieles streitig ¹⁾. Die Arbeit muß sich darauf beschränken, die heute geltenden Grundsätze darzustellen. Für den polizeimäßigen Zustand einer Sache ist zunächst deren Eigentümer verantwortlich. Daneben trifft hierfür die Verantwortung den Inhaber der tatsächlichen Gewalt ²⁾. Diese in § 20 pr PVG ausgesprochene Regelung wurde von allen Polizeigesetzen übernommen.

Der Grund für diese Verantwortlichkeit liegt darin, daß jeder, der rechtlich oder tatsächlich über eine Sache Gewalt hat, die Sache nicht in einen Zustand kommen lassen darf, der eine Quelle polizeilicher Gefahren bildet ³⁾. Ist aber ein solcher Zustand eingetreten, dann muß der Verfügungsberechtigte ihn beseitigen. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob er selbst zum Entstehen des polizeiwidrigen Zustandes mitgewirkt hat. Eine Verursachung des Zustandes durch den Verfügungsberechtigten oder einen anderen ist nicht notwendig, ebenso wenig wie ein Verschulden ⁴⁾. Durch wen der Zustand herbeigeführt wurde, ist gleichgültig. Handlungen des Eigentümers, eines Dritten, selbst Entstehen durch höhere Gewalt, etwa Naturkatastrophen, sind gleichermaßen Grundlage für die Zustandsstörung ⁵⁾. Nicht die Beziehung zur Entstehung der Gefahr, sondern die Verbind-

-
- 1) Dazu näher: Stier-Somlo, Pflicht, 275 ff.; Alexander von Normann, Die Polizeigewalt, Diss. Göttingen 1916, 36 ff.; Behrendt, op. cit., 20 ff.; Exner, op. cit., 17 ff. und Semle, op. cit., 5 ff.
 - 2) Aufgrund dinglichen (z. B. Nießbrauch, VG Karlsruhe DVBl. 1956, 838, Urteil vom 18. 4. 1956) oder persönlichen Rechts (Miete, Pacht usw., BayVGH bay VBl. 1960, 254, 255, Urteil vom 17. 5. 1960).
 - 3) PrOVGE 7, 348, 351, Endurteil vom 10. 11. 1880, PrOVGE 8, 327, 330, Endurteil vom 5. 12. 1881 und PrOVGE 65, 369, 375, Urteil vom 31. 1. 1913 sowie das Urteil des württ VGH vom 29. 1. 1902, Jahrbücher der württ Rechtspflege 14 (1903), 114, 117/118.
 - 4) OVG Koblenz AS Rh-Pf 2, 1, 2, Beschluß der Vollversammlung vom 13. 3. 1953; PrOVGE 94, 124, 126, Urteil vom 11. 10. 1934.
 - 5) Jellinek (VR, 444 Anm. 7) und Otto Mayer (VR I, 222 Anm. 15) wollten bei "elementaren Vorgängen" die Verantwortlichkeit des Eigentümers ausschließen.

Aktuell wurde die Frage wieder nach dem zweiten Weltkrieg bei der Verant-

dung zum Gefahrenherd ist das Maßgebliche. Daher kommt es nicht darauf an, ob der Verfügungsberechtigte wirtschaftlich leistungsfähig ist. Wirtschaftliche Unmöglichkeit befreit den Zustandsstörer nicht ¹⁾.

Grenze der Verantwortlichkeit ist lediglich die rechtliche oder tatsächliche Gewalt. Würde die Polizei etwas rechtlich oder tatsächlich nicht Durchführbares verlangen, würde etwas Unmögliches gefordert; das wäre rechtswidrig ²⁾. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann im Einzelfall eine zu starke Ausdehnung der Verantwortlichkeit verhindern ³⁾.

Das schweizerische Recht benutzt den Begriff des Zustandsstörers nicht expressis verbis. Die Untersuchung ergibt folgendes. Voigt ⁴⁾ führt aus: "Für die Pflicht

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 43

wortlichkeit aus einsturzbedrohten Ruinen ("Ruinen-Fall"). Der bad VGH versuchte in JZ 1953, 238, Urteil vom 16. 9. 1952, die Polizeipflicht abzulehnen durch Begrenzung auf "Normalsituationen". Dieser Versuch wurde jedoch einhellig abgelehnt, OVG Münster OVGE 5, 185 = VerwRspr. 4, 629, Urteil vom 31. 1. 1952 und MDR 1955, 762, 763, Bescheid vom 8. 3. 1955; BGH DVBl. 1953, 367, Urteil vom 5. 3. 1953 und BGHZ 16, 12 = NJW 1955, 257, Urteil vom 15. 12. 1954.

Diese Rechtsprechung ist zu billigen. Die Härten der Zustandsstörung werden dem Verfügungsberechtigten gerade deswegen aufgebürdet, um die Allgemeinheit zu entlasten. Wer die Vorteile der Nutzung der Sache hat, muß auch die Nachteile tragen, die aus dem Zustande der Sache entstehen. Wipprecht (op. cit., 27 Anm. 5) verweist auf den Satz "casum sentit dominus", der auch im Polizeirecht gilt.

- 1) OVG Berlin JR 1957, 475, Urteil vom 28. 6. 1957. Daher kann der Beschluß des OVG Koblenz vom 13. 3. 1953, AS Rh-Pf 2, 1 = DÖV 1954, 216 nicht anerkannt werden; es will im Ruinen-Fall die Verantwortlichkeit wegen Unzumutbarkeit bei wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit ausschließen. Billigkeitsgesichtspunkte spielen beim Zustandstörer keine Rolle. Der Öl-Fall veranlaßt Ernst Holtzmann (Grenzen der Handlungshaftung im Polizeirecht (Grenzen), DVBl. 1965, 902) zu dem Versuch, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Dieser Versuch muß mit obigen Gründen abgelehnt werden. Das allerdings hohe Risiko kann mit einer Versicherung abgewendet werden.
- 2) OVG Lüneburg DVBl. 1957, 275, Urteil vom 25. 10. 1956.
- 3) So etwa im Falle des bad-württ VGH VerwRspr. 9, 492, Urteil vom 18. 12. 1956: Das Verlangen der Errichtung einer Brandmauer ist dann unzulässig, wenn deren Kosten über den Wert der ganzen Sache hinausgehen.
- 4) Heinz Alex Voigt, op. cit., 68/69.

des Eigentümers auf Herstellung der öffentlichen Ordnung kommt es auf eine Handlung seinerseits in keiner Weise an. Wegen des polizeiwidrigen Zustands seiner Sache ist der Eigentümer der Polizei verantwortlich ¹⁾, gleichgültig, ob überhaupt ein Mensch diesen Zustand verursacht hat oder ob er unabhängig von jedem menschlichen Wollen und Handeln entstanden ist. "

Müller ²⁾ meldet für den Fall herabstürzender Felsblöcke oder Lawinen Bedenken an ("Lawinen-Fall"). In seinem Beispiel des armen Bergbauern spricht er von widersinnigen Härten. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Eigentümer hier falscher Adressat, also nicht Störer sei. Hierzu beruft er sich ³⁾ auf Fleiner ⁴⁾. Dieser spricht aber nur davon, daß man der Frage, wer polizeirechtlich eine Störung verursacht hat, nur gerecht wird auf Grund einer Beurteilung der Tatumstände von Fall zu Fall. Die Frage der Verursachung ist aber lediglich für den Verhaltensstörer bedeutsam, nicht aber für den Zustandsstörer. Diese Härten für den Zustandsstörer sind unvermeidlich, wenn nicht die Allgemeinheit damit belastet werden soll.

Immerhin ist der Gedanke von Müller insofern fruchtbar, als z. B. bei Naturkatastrophen - wozu der Lawinen-Fall durchaus gehören kann - die Maßnahmen gegen den Eigentümer nicht ausreichen. Dann bleibt der Eigentümer zwar Zustandsstörer, aber er darf wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht in Anspruch genommen werden. Da eventuelle Maßnahmen gegen ihn nicht ausreichen würden, die Störung zu beseitigen, hat die Polizei nach polizeilichem Notstandsrecht vorzugehen ⁵⁾.

Ebnöther ⁶⁾ erwähnt wieder ausdrücklich den Zufall. Weiterhin nennt er den unselbständigen Besitzer, sowie Mieter und Pächter als mögliche Störer. Am Beispiel des Verpächters wird aufgezeigt, daß die Polizei nichts Unmögliches verlangen darf. Geht die Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes über die ge-

1) Ebenso G. Buser, Der Garten im Recht, ZBl. 40 (1939), 481 ff. (Garten), 514; Obergericht Aargau VJS 4 (1904), 77, Urteil vom 3. 12. 1903: "Daß sich jemand durch mangelhaften Unterhalt seines Gebäudes und insbesondere der Feuereinrichtungen desselben gegen die öffentliche Sicherheit vergehen kann, ist so klar, daß es keiner weitem Ausführungen bedarf. "

2) Heinrich Müller, op. cit., 102.

3) Op. cit., 103 Anm. 32.

4) KausProbl., 4.

5) Heinz Alex Voigt, op. cit., 105 Anm. 35.

6) Op. cit., 68 und 69.

setzlichen Pflichten des Pächters hinaus, so ist der Verpachter verantwortlich. Ist dies jedoch nicht der Fall, hat sich die Polizei an den Pächter zu halten, eben weil dieser rechtlich in der Lage ist, den polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen.

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit spielt beim Zustandsstörer keine Rolle ¹⁾. Im Öl-Fall weist das Bundesgericht darauf hin, daß einerseits keine Entlastungsmöglichkeit besteht, andererseits der Schaden versicherbar ist ²⁾.

Sachlich trennt das schweizerische Recht auch zwischen der Störung, die durch das Verhalten von Personen entsteht, und derjenigen, die aus dem Zustande einer Sache erwächst: "Als Störer ist zu betrachten, wer die Störung oder Gefahr verursacht hat, aber auch, wer über die Personen und Sachen, die den ordnungswidrigen Zustand geschaffen haben, Gewalt hat" ³⁾. Daher darf auch für das schweizerische Recht der Begriff des Zustandsstörers gebraucht werden.

Aufschlußreich ist eine neuere Entscheidung des Bundesgerichts ⁴⁾, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Abgelegene Kiesgruben dienten als Grundwasserteiche. Sie wurden von unbefugten Dritten zum Ablagern von Abfällen benutzt ("Müllablage-Fall").

Die Pächter der Kiesgruben wurden verpflichtet, einen 2,5 m hohen Zaun aus Geflechtendraht in 15 m Abstand vom Ufer zu ziehen, weil die Reinheit des Grundwassers in Gefahr war. Das Bundesgericht bestätigt dies und führt aus: "Auch auf dem Gebiet des Gewässerschutzes ist Störer nicht nur, wer eine polizeiliche Vorschrift selbst übertritt. Als Störer gilt ebenfalls, wer es in Kauf nimmt, daß andere durch sein an sich nicht rechtswidriges Verhalten zur Übertretung von polizeilichen Vorschriften veranlaßt werden" ⁵⁾. Das Bundesgericht stellt also ab auf das Verhalten der Pächter und der unbefugten Dritten. Außerdem verwendet es die Konstruktion des Zweckveranlassers.

1) Regierungsrat des Kantons St. Gallen GVP 1961, 169, Entscheid vom 21.8.1961.

2) BGE 91 I 295, 303, Urteil vom 12.3.1965.

3) BGE 91 I 295, 302, Urteil vom 12.3.1965.

4) BGE 91 I 144 ff., Urteil vom 29.1.1965.

5) A. a. O., 147/148.

Diese Veranlassung eines Dritten zu einem Verhalten kann man aber nur dann "in Kauf nehmen", wenn man von der Existenz dieses Dritten überhaupt weiß. Dies muß im konkreten Fall bezweifelt werden. Hierin dürfte auch der Grund liegen, warum Imboden ¹⁾ die Entscheidung für außerordentlich weitgehend hält. Unabhängig von der Stichhaltigkeit der Konstruktion des Zweckveranlassers ²⁾, steht bei diesen das Verhalten des Dritten im Vordergrund. In Betracht kommen kann sie deshalb nur beim Verhaltensstörer. Im konkreten Fall geht es aber nicht um das Verhalten von Dritten ³⁾, sondern um den polizeiwidrigen Zustand der Kiesgruben. Von diesen geht die Gefahr für die öffentliche Ordnung aus.

Das Bundesgericht hätte es leichter gehabt, wenn es auf die Zustandsstörung abgestellt hätte. Die Pächter waren rechtlich in der Lage, auf die Kiesgruben einzuwirken ⁴⁾. Deren Zustand war die Gefahrenquelle. Da es auf ein Verursachen oder das Verhalten Dritter nicht ankommt, waren die Pächter zur Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes verpflichtet.

Ob der verlangte Zaun notwendig war, ist eine Frage der Umstände und der Verhältnismäßigkeit des Mittels. Dieser Grundsatz dürfte gewahrt sein, denn vorher erlassene Ablagerungs- und Zufahrtsverbote führten nicht zum Erfolg. Diese Tatsache zeigt übrigens deutlich, daß die Behörde durchaus bereit war, zunächst gegen die Dritten vorzugehen, als diese Verhaltensstörer waren. Erst als sich dies als fruchtlos erwiesen hatte, ist die Behörde an die Pächter herangetreten.

Sonach ist dem Bundesgericht im Ergebnis zuzustimmen, nicht aber in der Begründung.

-
- 1) Max Imboden, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsheft 1 zur 2. Aufl. Basel und Stuttgart 1966 (Erg. H.), 60 zu Nr. 85.
 - 2) Hierauf wird im zweiten Teil zurückgekommen vgl. unten Seite 126 ff.
 - 3) Diese waren fraglos Verhaltensstörer zu der Zeit, als sie den Müll in den Kiesgruben ablagerten. Damals hätte sich die Polizei auch an sie wenden können, wenn sie ihr bekannt geworden wären und sie ihrer habhaft geworden wäre. Zur Jetztzeit besteht nur noch der polizeiwidrige Zustand.
 - 4) Imboden spricht a. a. O. ausdrücklich vom "Besitzer".

6. Das Zusammentreffen mehrerer Störer

a. Die Möglichkeiten

Mehrere Personen können eine Gefahr oder Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch ihr Verhalten hervorrufen, wobei jede einzelne Störer ist ¹⁾, etwa eine verkehrsstörende Ansammlung mehrerer Personen. Weiterhin ist hier der Fall der Verantwortlichkeit neben Abhängigen zu nennen. Sowohl der Abhängige als auch der Sorgeberechtigte bzw. Dienstherr sind Verhaltensstörer.

Auch beim Zustandsstörer können im Einzelfall mehrere Verpflichtete vorhanden sein, z. B. der Eigentümer und der Nießbraucher bzw. Nutznießer oder der Mieter, soweit beide in concreto rechtlich und tatsächlich zur Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes in der Lage sind.

Endlich ist es auch möglich, daß Verhaltens- und Zustandsstörer zusammentreffen. Ein Beispiel dafür ist der eben behandelte Fall des Bundesgerichts dann, wenn die Polizei Pächter und müllablagernde Dritte tatsächlich in Anspruch nehmen kann.

Ist die Störung nur dadurch zu beseitigen, daß beide Störer herangezogen werden, dann kann die Polizei jeden einzelnen, aber auch alle zusammen in Anspruch nehmen. So im Falle der Personenansammlung. Ein weiteres Beispiel erwähnt Ebnöther ²⁾: Besteht am störenden Objekt Miteigentum, kann die Polizei alle Miteigentümer belangen.

b. Die Auswahl eines Störers und deren Nachprüfung durch den Verwaltungsrichter

Die Polizei bewegt sich hier solange auf sicherem Grunde, als zur Beseitigung der Störung beide oder alle Störer erforderlich sind. Zweifelhaft wird die Situation dann, wenn die Inanspruchnahme eines Störers genügt. Der Grund liegt im

1) Das wird hier vorausgesetzt. Die Feststellung kann schwierig sein. Insbesondere wird folgendes Problem später behandelt werden: Eine Störung wird durch das Nacheinanderhandeln zweier Personen hervorgerufen, wobei aber nur eine von beiden Störer ist, es jedoch fraglich ist, welche von beiden. Diese Fallgestaltung war der Anlaß für die Entwicklung der verschiedenen Theorien über den Begriff des Verhaltensstörers.

2) Op. cit., 68.

Wesen der Polizei. Hat sie Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu beseitigen, dann ist ihre Aufgabe in dem Augenblick beendet, wenn im Einzelfall eine solche behoben ist. Nur dies, aber nicht mehr, darf die Polizei folglich von einem Störer verlangen. Reicht die Heranziehung eines einzigen Störers aus, dann kommt die Inanspruchnahme eines weiteren Störers nicht mehr in Betracht.

Da mehrere Störer vorhanden sind, hat die Polizei einen von ihnen auszuwählen. Ob die Polizei in ihrer Auswahl frei oder gebunden ist, soll nunmehr untersucht werden.

Früher wurde in Deutschland versucht, eine Priorität der Verantwortlichkeit des Verhaltensstörers gegenüber dem Zustandsstörer zu begründen ¹⁾. Diese sollte aber "selbstverständlich" aufgehoben sein, wenn der Verhaltensstörer unbekannt sei ²⁾. Hierbei wurde nur übersehen, daß die Polizei in diesem Falle überhaupt keine Wahl hat. Das pr OVG jedoch bekannte sich bereits im Urteil vom 26. 11. 1896 ³⁾ zum Grundsatz der Freiheit der Wahl. Hieran hat es festgehalten ⁴⁾, und die Lehre ist ihm durchweg gefolgt ⁵⁾. Mit dem Inkrafttreten des pr PVG änderte sich die Ausdrucksweise. Zwar sprach es in der Entscheidung vom 29. 9. 1932 ⁶⁾ noch von der Wahl, im 104. Bande aber vom pflichtgemäßen Ermessen der Polizei, das vom Verwaltungsrichter nicht nachzuprüfen sei ⁷⁾. In der Sache selbst hatte sich nichts geändert, denn die Grenzen des Ermessens wurden vom Verwaltungsrichter weit gezogen.

- 1) Insbesondere von Schade, op. cit., 350; neuestens wieder: Klaus Willigmann, Gerichtskontrolle des polizeilichen Ermessens beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandshaftung, DVBl. 1965, 761, 763; gegen die Priorität: Normann, op. cit., 47 ff., sich diesem anschließend Behrendt, op. cit., 38 ff.
- 2) Diese Ansicht vertrat vor allem das sächs OVG; JbsächsOVG 4, 248, 249, Urteil vom 13. 6. 1903; JbsächsOVG 9, 316, 320, Urteil vom 5. 9. 1906 und JbsächsOVG 13, 117, Urteil vom 9. 12. 1908.
- 3) PrVBl. 18 (1896/97), 316, 317.
- 4) PrOVGE 38, 371, 373, Urteil vom 11. 2. 1901; PrOVGE 54, 270, 273, Urteil vom 22. 4. 1909.
- 5) Jellinek, VR, 443; Otto Mayer, VR I, 222 Anm. 14; Peters, VR, 382; Hans Matthias Wolff, op. cit., 10/11; Wipprecht, op. cit., 26 und Ludwig von Köhler, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart - Berlin 1935, 342.
- 6) PrOVGE 90, 334.
- 7) PrOVGE 104, 182, 184, Urteil vom 30. 3. 1939; ebenso PrOVGE 105, 229, 231, Urteil vom 7. 3. 1940; übernommen von Klausener - Kerstiens - Kempner, op. cit., Erl. IV 1 und 2 a zu § 19 pr PVG.

Eine spürbare Änderung setzte nachfolgend ein. Der Verwaltungsrichter ist zwar formal weiterhin auf die Prüfung der Einhaltung der Grenzen des Ermessens beschränkt¹⁾, aber die Verwaltungsgerichte setzen eine Reihe von Marksteinen zur näheren Bestimmung der Grenzen der Ermessensausübung. Diese stufenförmige Tendenz, die hier nur kurz dargestellt werden kann²⁾, hat ihren Ausdruck gefunden in Formulierungen, die es erlauben, die Polizei habe sich bei ihrer Aktivität auf den sachlich und persönlich Notwendigen, den Leistungsfähigen und den am wenigsten Beschäftigten zu beschränken³⁾. Treffen Verhaltens- und Zustandsstörer zusammen, so der Verhaltensstörer in der Regel sachlich und persönlich der Störung am nachteiligsten und er kann die am leichtesten beschuldigen. Dann kann es Ermessensfehlerhaft sein, den Zustandsstörer zu belangen⁴⁾.

Von mehreren Autoren⁵⁾ wird vorgeschlagen, für diesen speziellen Fall den schuldhaft handelnden Störer vorzuziehen. Dem kann unter dem Gesichtspunkt

- 1) VG Karlsruhe DVBl. 1956, 838, Urteil vom 18. 4. 1956; Ausdruck hierfür ist der geltende § 114 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1961 (BGBI. I 17).
- 2) Auf die scharfe Kritik von Rupp, op. cit., 177 ff. kann hier nicht eingegangen werden. Er schließt sich (a. a. O., 180) Hans Jurgen an, der feststellt, daß "die Lehre vom Rechtsstaat mit dem Ermessensbegriff, dem trojanischen Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, noch nicht ganz fertig geworden" ist (Niedergang, 66). Nach Rupp (a. a. O., 138) gleicht die deutsche Ermessenslehre einem Trümmerfeld nicht zusammenfügbarer Ungeheimheiten.
- 3) So der Runderlaß des nordrhein-westfälischen Innenministers vom 1. 12. 1964, abgedruckt bei von Hippel - Rehborn, Das Recht der Ordnungsbehörden und der Polizei in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. München und Berlin 1966, 30-31; ähnlich Richard Freund, Das Polizei- und Ordnungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 1959, 87.
- 4) So OVG Berlin DVBl. 1952, 760 - NJW 1953, 198, Urteil vom 12. 12. 1951 mit ablehnender Anmerkung von Gerhard Wacke; ebenso für den Fall der wesentlich geringeren finanziellen Belastung: OVG Hamburg DVBl. 1953, 542, Beschluß vom 15. 6. 1953.
Es geht aber zu weit, mit Willigmann op. cit., DVBl. 1965, 761, 763, von einem "Grundsatz" zu sprechen, wonach der Verhaltensstörer zuerst verantwortlich sei. Bei diesen Ermessensfragen kommt es immer auf die Situation des Einzelfalles an.
- 5) Hans Matthias Wolff, op. cit., 11; Wipprecht, op. cit., 31; Rudolf Schieder-mair, Einführung in das bayrische Polizeirecht, München und Berlin 1961, 157.

der persönlichen Nähe zugestimmt werden¹⁾, so daß sich die Polizei zunächst an diesen Störer zu halten hat,

Jellinek gab dem Gedanken der zeitlichen Priorität Ausdruck²⁾. Die frühere Anlage sollte den Vorrang genießen. Insbesondere kam in dem Beispiel (Ablenken von Abwasser in einen Fluß) die Störung der öffentlichen Ordnung nur durch das Zusammenwirken mehrerer Fabrikanten zustande. Es handelt sich dann nicht um den hier zu behandelnden Fall mehrerer selbständiger Störer, weil jeder der beiden - für sich betrachtet - nicht Störer war. Außerdem wäre die Entscheidung oft vom Zufall abhängig, und es ist nicht einzusehen, warum derjenige, der schon länger Störer ist, bevorzugt behandelt werden soll³⁾.

Allgemeingültige Regeln lassen sich jedoch nicht aufstellen. Die Frage der Ermessensüberschreitung hängt jeweils von den Umständen des einzelnen Falles ab. Es genügt hier, die starker werdende Neigung zur Kontrolle durch den Verwaltungsrichter aufgezeigt zu haben.

In der Schweiz setzte die Kontrolle durch den Verwaltungsrichter später ein. Die Situation in den einzelnen Kantonen ist sehr unterschiedlich⁴⁾. Davon abgesehen, kann hier zugrunde gelegt werden, daß die verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Verwaltung eine rechtsstaatliche Notwendigkeit ist⁵⁾. Die allgemeinen Über-

1) Zum verschulden allgemein unten § 5 und zur Rechtfertigung dieser Ausnahme unten § 5 III 2 der Arbeit.

2) Jellinek, Gesetz, 310; ähnlich Württemberg (GfH DVS. 1951, 275, Urteil vom 13. 4. 1950) der zeitlich letzte Störer. Fraglich war in diesem Falle aber, wer überhaupt Störer war, dazu unten § 8 V der Arbeit.

3) Ebenfalls Bedenken bei Behrendt, op. cit., 41/42.

4) Insbesondere ist es nicht durchgängige Meinung, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit Rechtsprechung ist. Bejaht wird die Frage in Basel-Stadt und Basel-Landschaft, während Zürich, Bern und früher auch Solothurn sie als Verwaltungstätigkeit (im weiteren Sinne) qualifizieren, vgl. Tilmann Wernle, Verfahren und Kompetenzen der kantonalen Verwaltungsgerichte, Diss. Basel 1965, 211 ff.

Näher zur geschichtlichen Entwicklung für Basel-Stadt, Harald Minikus, Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Basel-Stadt im Vergleich zur Entwicklung der deutschen Verwaltungsjustiz, Diss. Basel 1961; für Aargau Bernhard Meier, Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Aargau, Aarau 1959, 81 ff., 59 ff.

5) Zur Problematik Rack, Basel als Rechtsstaat, 56 ff.; Hans Huber, Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen, Basel 1959; Aus-

prüfungsbefugnisse des Verwaltungsrichters sollen kurz aufgezeigt werden.

Basel-Stadt hatte mit dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. 3. 1905 ¹⁾ das Enumerationsprinzip eingeführt ²⁾. Aber bereits mit dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 14. 6. 1928 wurde die verwaltungsgerichtliche Generalklausel ³⁾ eingeführt ⁴⁾. Basel-Landschaft hat mit dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. 6. 1959 ⁵⁾ in § 6 Abs. 1 sofort die Generalklausel eingeführt. Beide Gesetze enthalten (BS in § 11 Ziff. 4, BL in § 7 Abs. 2 Z. ff. 6) eine in das Polizeirecht einschlagende negative Enumerationsbestimmung. Ausgeschlossen von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle sind Verfügungen des Regierungsrates zur Wahrung der gestörten öffentlichen Ordnung.

Wernle ⁶⁾ bemerkt dazu: "Wenn die öffentliche Sicherheit im Innern bedroht ist, muß die Regierung unbedingt imstande sein, rasch zu handeln, und es darf dem Bürger nicht ermöglicht werden, ihre Maßnahmen durch die Erhebung einer Beschwerde unwirksam zu machen. Eine VGB (Verwaltungsgerichtsbeschwerde), der aufschiebende Wirkung zukommt, wäre hier niemals erträglich" ⁷⁾. Damit wird

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 51

bau), 14 ff.; Kurt Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, 162 f.; Giacometti, ALVR, 453 ff., 469 ff., 482.

- 1) Sammlung der Gesetze und Beschlüsse 25 (18 n. F.), 282.
- 2) Kritische Würdigung des Gesetzes von Max Schultzenstein, Gesetz, VerwArch. 14 (1905), 141 ff.
- 3) Gesamtausgabe der Basler Gesetzessammlung, Basel 1961, Band 2, 1406; dessen § 10 Abs. 1 lautet:
"Der Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften bestehen, die Verfügungen des Regierungsrates, welche eine materielle Erledigung des behandelten Geschäftes enthalten oder auf Nichteintreten lauten."
- 4) Dies ist bemerkenswert: Wenn auch die Rechtsentwicklung in Basel-Stadt von Deutschland beeinflußt worden ist (Wernle, op. cit., 211 und Minikus, op. cit., passim), so ist Basel-Stadt weit fortschrittlicher gewesen. In Deutschland wurde die Generalklausel erst nach 1945 eingeführt.
- 5) Bereinigte Sammlung der Gesetze, Verordnungen, Reglemente und allgemein verbindlichen Beschlüsse, Band 6, 313.
- 6) Op. cit., 81.
- 7) Das letzte Argument ist nicht stichhaltig. Die aufschiebende Wirkung könnte in diesem Sonderfalle versagt werden; bei sofortiger Vollstreckung könnte der Bürger immer noch ein erhebliches Interesse daran haben, daß der Verwal-

eindeutig, daß es sich um Maßnahmen im Staatsnotstand (hier dessen Unterfall des inneren Notstandes) handelt. Normale polizeiliche Verfügungen fallen also in Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter die verwaltungsgerichtliche Generalklausel.

Die verwaltungsgerichtliche Überprüfungsbefugnis ist aber beschränkt durch das "freie Ermessen" der Verwaltung. Der Verwaltungsrichter ist nicht befugt, sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Verwaltungsbehörde zu setzen ¹⁾. Herkömmlicherweise wird gesagt, rechtswidrig ist eine Verfügung dann, wenn Ermessensüberschreitung oder Ermessensmißbrauch vorliegt ²⁾. Die Kontrolle des Ermessens selbst ist Sache der Verwaltung ³⁾. Jedoch ist dieses "freie Ermessen" niemals frei im Sinne von willkürlicher Entscheidungsmöglichkeit. Eine solche wäre mit Art. 4 BV unvereinbar ⁴⁾. Auch eine Ermessensentscheidung ist Rechtsanwendung ⁵⁾ und findet ihre Grenze an der Rechtsnorm, die das Ermessen zuläßt. Das Gericht prüft frei, ob die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen richtigen Gebrauch gemacht hat ⁶⁾. § 8 Abs. 3 des basel-städtischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes weist für Polizeiverfügungen ausdrücklich hierauf hin, indem er die Überprüfung zuläßt, "ob die rechtlichen Grenzen des freien Ermessens verletzt sind oder ob von diesem Ermessen ein willkürlicher Gebrauch gemacht wurde."

Thalmann ⁷⁾ kommt auch für die Schweiz zu dem Ergebnis, daß der Verwaltungs-

Fortsetzung der Fußnote 7) von Seite 52

tungsrichter nachträglich feststellt, die Verfügung sei rechtswidrig gewesen. Dies könnte vor allem für einen Schadensersatzprozeß Bedeutung haben.

- 1) BGE 88 I 303, 308, Urteil vom 7. 12. 1962 und BGE 87 I 459, 462, Estratto della sentenza 15. 9. 1961.
- 2) Giacometti, ALVR, 74/75.
- 3) Verwaltungsgericht Basel-Stadt ZBl. 34 (1933), 635, 637, Entscheid vom 25. 11. 1932 und Verwaltungsgericht Basel-Stadt ZBl. 32 (1931), 527, 528, Entscheid vom 5. 6. 1931.
- 4) Silvio Arioli, Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung, Diss. Basel 1965, 142 ff.; Schwarzenbach, op. cit., 28.
- 5) Giacometti, ALVR, 74.
- 6) BGE 91 I 144, 147, Urteil vom 29. 1. 1965.
- 7) Christian Heinrich Thalmann, Die Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungsgerichte und letztinstanzlich entscheidenden Rekurskommissionen der Kantone und des Bundes, Diss. Basel 1963. Er unterzieht (a. a. O., 14 ff.) die deutsche Er-

richter bei seiner Überprüfung an den Grenzen des Ermessens halt machen muß¹⁾ dies trotz der Schwierigkeiten der Abgrenzung zu den unbestimmten Rechtsbegriffen. Da aber die Verwaltung ebenso an das Gesetz gebunden ist wie der Richter²⁾, wächst die Tendenz, die Ermessenskontrolle durch die Verwaltungsgerichte zuzulassen.

Nach diesem Exkurs zurück zur Auswahl unter mehreren Störern. Wenn Voigt³⁾ schreibt, daß die Polizei die Wahl habe, an welchen von mehreren Störern sie sich hält, dann kann dieser Formulierung nach obigen Ausführungen zugestimmt werden, wenn unter Wahl nicht Willkür, sondern Ausübung des freien, d.h. pflichtgemäßen Ermessens verstanden wird.

Ebnöther⁴⁾ führt zu dem Problem aus: "Der Heimatschutz kann m. a. W. alle Miteigentümer belangen; wo dies nicht erforderlich ist, kann er nach freiem Ermessen entscheiden, an welchen Miteigentümer er sich halten will. Er wird sich an jenen wenden, der die Nutzung des Objektes innehat und der rechtlich und tatsächlich am ehesten in der Lage ist, seinen Anordnungen nachzukommen."

Die Zulässigkeit der Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen bei der Auswahl eines Störers ist also auch für die Schweiz anerkannt⁵⁾, wobei sich der richtige Gebrauch des Ermessens nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles richtet⁶⁾.

Fortsetzung der Fußnote 7) von Seite 53

messenslehre einer eingehenden Kritik, auf die verwiesen werden muß. Insbesondere legt er den grundsätzlichen Unterschied dar zwischen der deutschen Auffassung, daß das Gesetz Schranke der Verwaltung ist, und der schweizerischen, wonach das Gesetz "positive Bedingung jeglicher Verwaltung" ist (Giacometti, ALVR, 251 f.).

1) Thalmann, op. cit., 78, 80.

2) Dies ist auch die Grundlage der Kritik von Rupp (op. cit., 177 ff.) an der deutschen Ermessenslehre, vgl. oben Seite 50 Anm. 2.

3) Heinz Alex Voigt, op. cit., 71.

4) Op. cit., 68/69.

5) Aus der Rechtsprechung ist mir kein Fall bekannt, in dem eine derartige Polizeiverfügung wegen Ermessensüberschreitung oder -mißbrauchs kassiert worden ist.

6) BGE 86 I 187, 200, Urteil vom 3. 6. 1960.

III. DER POLIZEILICHE NOTSTAND

1. Der Ausgangspunkt

Die Beseitigung einer polizeilichen Gefahr ist zuerst Aufgabe der Polizei selbst. Reichen ihre eigenen Kräfte nicht aus, dann hat sie sich an den Störer zu halten. Im Einzelfalle ist es möglich, daß auch die Heranziehung des Störers nicht genügt. Das kann der Fall sein, wenn ein Störer überhaupt nicht vorhanden ist, oder wenn der Störer objektiv nicht in der Lage ist, die Gefahr zu beseitigen ¹⁾. Trotzdem muß die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gebannt werden. Andernfalls müßte die Polizei gerade bei schweren Gefahren für die Allgemeinheit hilflos der Entwicklung zum Chaos zusehen.

Dieser Ausnahmezustand rechtfertigt es, den Kreis derjenigen Personen zu erweitern, die von der Polizei in Anspruch genommen werden können. Unter bestimmten Voraussetzungen können daher unbeteiligte Dritte im "polizeilichen Notstand" ²⁾ zur Gefahrenbeseitigung herangezogen werden.

2. Die Abgrenzung von anderen Notständen

Ausnahme-Recht für Ausnahme-Situationen ist auch in anderen Rechtsgebieten anerkannt. Im Zivil- ³⁾ und im Strafrecht ⁴⁾ ist es dem Einzelnen erlaubt, seine Rechte zu überschreiten und in den Rechtskreis anderer einzugreifen. Voraussetzung ist dabei immer, daß höherwertige Interessen des Einzelnen diesen Eingriff rechtfertigen.

Eine Abgrenzung vom zivil- und strafrechtlichen Notstand einerseits und dem polizeirechtlichen andererseits bereitet keine Schwierigkeiten ⁵⁾.

1) Vgl. hierzu oben Seite 45.

2) Der Ausdruck ist nicht korrekt, denn die Polizei selbst befindet sich nicht in einem Notstand, eher die Allgemeinheit, zu deren Schutz sie berufen ist. Besser wäre der Ausdruck "polizeiliches Notrecht", so BGH DVBl. 1957, 864, Urteil vom 30. 4. 1957.

3) Deutschland: §§ 227, 228 und 904 BGB; Schweiz: Art. 52 Abs. 1 und 2 OR.

4) Deutschland: §§ 53, 54 StGB; Schweiz: Art. 33, 34 StGB.

5) Verwirrend allerdings Wieland Schmid, op. cit., 52. Er will als zweite Art des polizeilichen Notstandes den "Notstand des Einzelnen gegenüber der Polizei" kennzeichnen. Sein gegebenes Beispiel widerlegt ihn selbst: Wenn

Anders ist es gegenüber dem sogenannten Staatsnotrecht. Bis zu Anfang des 20. Jahrhunderts wurde hierunter auch der polizeiliche Notstand verstanden ¹⁾. Außer dem umfaßte es die Befugnis eines staatlichen Organs, in außergewöhnlichen Fällen - außerhalb oder entgegen der Verfassung - die erforderlichen Maßnahmen zur Existenzhaltung des Staates zu ergreifen ²⁾. Für diese heute noch gültige Formulierung ist die Bezeichnung "Staatsnotstand" angebracht. Dessen umfangreiche Problematik kann hier nur angedeutet werden ³⁾.

Der Mißbrauch der Dringlichkeitsklausel ⁴⁾ des Art. 89 Abs. 3 BV in der Schweiz hat zu dessen Revision im Jahre 1949 durch Einfügung des Art. 89 bis BV geführt. Dieser läßt eine Regelung von Notstandsfällen zu. Bemerkenswert ist, daß durch Art. 89 bis BV ein Notrecht extra constitutionem nicht ausgeschlossen ist ⁵⁾.

In Deutschland war die Situation bei Erlass des Grundgesetzes überschattet von dem Gespenst des Art. 48 Abs. 2 WRV ⁶⁾. Abgesehen von der Regelung des Art. 91 GG, der den inneren Notstand betrifft ⁷⁾, wurde infolge dessen überhaupt keine Vorsorge getroffen. Die alliierten Vorbehaltsrechte ⁸⁾ gelten weiterhin. Zur Zeit wird

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 55

ich durch eine verbotene Straße fahre, um einen Arzt für meinen verunglückten Bruder zu holen, dann entsteht lediglich die Frage, ob ich mich strafbar gemacht habe. Das ist ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des strafrechtlichen Notstandes zu prüfen. Die Formulierung im Text kann daher aufrecht erhalten werden.

- 1) Schmid, op. cit., 49; Kurt Wolzendorff, Staatsnotrecht, eine verwaltungsrechtliche Betrachtung im Anschluß an die preußische Rechtsübung (Staatsnotrecht), AöR 27 (1911), 220 ff.
- 2) Heinrich Müller, op. cit., 118.
- 3) Näher hierzu: Ernst Fraenkel (Hrsg.), Der Staatsnotstand, Berlin 1965; Kurt Reber, Das Notrecht des Staates, Diss. Bern 1938, Zürich o.J.; Werner Suter, Notrecht und außerordentliche Vollmachten im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Zürich 1960.
- 4) Fleiner - Giacometti, BStR, 785 Anm. 28.
- 5) Ruck, VR I, 50.
- 6) Er war u. a. Rechtsgrundlage für die Notverordnung vom 28.2.1933, vgl. oben Seite 10. Der als Sicherung gedachte Art. 48 Abs. 3 Satz 2 WRV ("Die Maßnahmen sind auf Verlangen (!) des Reichstags außer Kraft zu setzen.") funktionierte auf Grund der Umstände nicht.
- 7) Vgl. oben Seite 16 Anm. 6.
- 8) Formuliert in Art. 2 des "Generalvertrages" vom 26.5.1952, i. d. F. d. Bek. vom 30.3.1955 (BGBl. II 301, 305).

deren Ablösung durch eine "Notstandsverfassung" versucht ¹⁾).

Die Trennung von Staatsnotstand und polizeilichem Notstand kann schwierig sein, denn der Übergang von letzterem zu ersterem ist unter Umständen fließend. Eine begrenzte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung kann allmählich zu einer Gefahr für den Bestand des gesamten Staates werden. In der Existenzbedrohung des Staates liegt das Wesen des Staatsnotstandes. Dieses Kriterium dürfte für die Trennung vom polizeilichen Notstand ausreichen.

Ruck ²⁾ spricht nur bis zum Eintreffen von Militär von polizeilichem Notstand. Diese Abgrenzung ist brauchbar. Die Tatsache, daß Militär eingesetzt werden muß - etwa bei Katastrophenfällen -, reicht zum Vorliegen eines Staatsnotstandes (innerer Notstand) aus. Es handelt sich nicht mehr um polizeilichen Notstand, denn ein unbeteiligter Dritter wird nicht in Anspruch genommen. Der Staat hilft sich gewissermaßen selbst.

3. Die Voraussetzungen

In Deutschland waren die Rechtsgrundlagen für den polizeilichen Notstand umstritten ³⁾. Das pr PVG hat dann in § 21 die gesetzliche Grundlage geschaffen. Die Länderpolizeigesetze haben sich dem angeschlossen.

Da hier ausnahmsweise in die Rechte unbeteiligter Dritter eingegriffen wird, ist im Einzelfalle das Vorliegen der gesetzlichen Merkmale streng zu prüfen. Zunächst muß entweder die Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bereits

1) Bezeichnend ist, daß die Diskussion beherrscht wird von der Angst vor einem möglichen Mißbrauch des geplanten Notverordnungsrechtes durch die Bundesregierung. Über den Versuch der Ausschaltung dieser Gefahr durch die Einrichtung eines sogenannten Notparlamentes: Karl August Bettermann, Die Notstandsentwürfe der Bundesregierung, in: Der Staatsnotstand, 190 ff., 224 ff. und Friedrich Schäfer, Probleme einer Notstandsgesetzgebung, in: Der Staatsnotstand, 240 ff., 247 ff.

2) VR I, 50.

3) Hierzu Hans Furler, Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates, VerwArch. 33 (1928), 340 ff., 373; Hans Matthias Wolff, op. cit., 20; ausführliche Literaturangaben bei Wilhelm Troitzsch, Die Polizeipflicht in politisch bewegten Zeiten, Königsberg 1933 (Polizeipflicht), 35 Anm. 71.

eingetreten sein, oder die polizeiliche Gefahr muß derart akut sein, daß sie unmittelbar vor der Verwirklichung steht. Weiterhin muß die Polizei außerstande sein, mit eigenen Mitteln die Störung zu beseitigen. Ist ein Störer vorhanden, muß sie ihn zunächst in Anspruch nehmen, notfalls mit Zwangsmitteln. Denn der polizeiliche Notstand ist ultima ratio ¹⁾. Dies zeigt auch deutlich das Erfordernis der Beschränkung auf das sachlich und zeitlich ²⁾ unbedingt Notwendige. Es dürfen nur vorläufige Maßnahmen getroffen werden ³⁾.

Der im polizeilichen Notstand vorgenommene Eingriff in die Rechte unbeteiligter Dritter verlangt, daß dem Betroffenen Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu leisten ist. Dies hatte bereits § 70 pr PVG ausgedrückt. Der Grundsatz ist heute in allen Polizeigesetzen der Länder enthalten ⁴⁾.

- 1) VGH Baden ZBadVerw 1930, 7, 12, Urteil vom 9.1.1929.
- 2) Hiergegen wurde in der Praxis immer wieder verstoßen im Falle der Wiedereinweisung eines obdachlosen Mieters in die alte Wohnung ("Obdachlosen-Fall"). Der ehemalige Vermieter ist Nichtstörer, OVG Münster OVG 14, 265, 267 = DVBl. 1959, 473, 474, Urteil vom 19.12.1958. In diesem Falle erstreckte sich die Dauer der Wiedereinweisung auf nahezu fünf (!) Jahre. Das OVG Berlin hält in NJW 1955, 319, Urteil vom 27.8.1954 eine Dauer von höchstens sechs Monaten für zulässig. Dem hat sich der BGH angeschlossen, BGHZ 35, 27 = NJW 1961, 1358, Urteil vom 10.4.1961. Das ist zu billigen, wenn auch genaue Zeitgrenzen für jeden Einzelfall nicht gegeben werden können.

Wenn schon die Wiedereinweisung im konkreten Fall die einzige Möglichkeit ist, die Störung zu beseitigen, so muß unter allen Umständen vermieden werden, daß eine Staatsgewalt (Exekutive) auf Jahre hinaus die Durchsetzung von rechtskräftigen Akten einer anderen Staatsgewalt (Räumungsurteil der Justiz) mit Hoheitsgewalt verhindert; zur Problematik: Hermann Hegel, Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen, Stuttgart 1963, 112 ff., 115 und BVerwG NJW 1958, 605, Urteil vom 25.11.1957.

- 3) ProVG 106, 37, 42, Urteil vom 6.2.1941.
- 4) Zum Umfang und zur näheren Ausgestaltung des Schadensersatzanspruches: Franz Karl Orth, Entschädigungsansprüche im Polizeirecht, Diss. Mainz 1961, insbesondere a. a. O. 8 ff. zum Aufopferungsanspruch bei schuldlos rechtswidrigen Eingriffen, und a. a. O. 77 ff. zur öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung. Letztere kommt zum Zuge, wenn z. B. der Polizeibeamte auf einen flüchtigen Verbrecher schießt und unbeabsichtigt einen unbeteiligten Dritten dabei trifft. Die Schwierigkeit liegt darin, daß nicht gewollt in die Rechtssphäre des Dritten eingegriffen wird. Orth kommt a. a. O., 87 zu dem Ergebnis: "In den Fällen der sogenannten Gefährdungshaftung im Zusammenhang mit polizeilichem Handeln besteht ein Entschädigungs-

In der Schweiz wurde das Recht des polizeilichen Notstandes hauptsächlich von der Wissenschaft entwickelt. Allerdings macht es Fleiner ¹⁾ der Polizei zu leicht, wenn er schreibt, daß die Polizei im Notstand zum nächstbesten Mittel greife und dabei nicht mehr untersuche, ob der in Anspruch Genommene in der Tat auch der Verursacher der Störung sei. Vielmehr muß eine Inanspruchnahme des Störers unmöglich sein ²⁾.

Die Polizei muß darüber hinaus außerstande sein, unter Einsatz aller zur Verfügung stehenden Mittel die eingetretene Störung oder unmittelbare Gefahr zu beseitigen ³⁾. Es dürfen niemals dauernde Regelungen, sondern nur vorübergehende Maßnahmen getroffen werden, bis die Polizei sich als Herr der Lage erweist ⁴⁾.

Das Bundesgericht ist in seiner Stellungnahme zum polizeilichen Notstand nicht sehr klar ⁵⁾. Eine wörtliche Stellungnahme findet sich in BGE 57 I 266, 269 ⁶⁾ "Es stehe dem aargauischen Regierungsrat zum Zwecke der Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung eine selbständige, über die bloße Gesetzesvollziehung hinausgehende Polizeiverordnungsgewalt für den Fall zu, daß besondere Ereignisse und Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung drohten, denen auf dem Wege der ordentlichen Gesetzgebung nicht rechtzeitig entgegen getreten werden könnte (Notstandsrecht)."

Bei näherem Zusehen zeigt es sich, daß bei einigen Sachverhalten das Bundesgericht Gelegenheit gehabt hätte, auf die Frage des polizeilichen Notstandes einzu-

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 58

anspruch, der auf dem Rechtsgedanken des § 65 rh-pf PVG (= § 70 pr PVG), dem Lastengleichheitssatz beruht."

1) KausProbl., 5.

2) Ebnöther, op. cit., 70.

3) Heinz Alex Voigt, op. cit., 105.

4) BGE 63 I 213, 223, Arrêt du 11. 6. 1937: "Même si le Conseil communal avait pu craindre de ne pouvoir, momentanément, assurer au recourant la protection qui lui était due et empêcher des désordres, il n'avait en tout cas pas (!) le droit de lui interdire définitivement, comme il l'a fait, l'emploi de la pelle mécanique. L'interdiction ne pouvait avoir qu'un caractère tout à fait momentané et devait être limitée au temps strictement indispensable au pouvoir public pour se rendre maître de la situation."

5) Imboden, VerwRspr., 308, zu Nr. 85.

6) Urteil vom 10. 7. 1931.

gehen. Es hat hierauf jedoch nicht ausdrücklich abgehoben ¹⁾. In dem Falle, der obigem Entscheid ²⁾ zugrundelag, drohte die kommunistische Parteileitung der Schweiz damit, ihre angekündigte Versammlung unter allen Umständen abzuhalten. Um eventuelle einschränkende Polizeimaßnahmen werde man sich nicht kümmern. Es war sogar notwendig, der Polizei ein Bataillon Infanterie zur Unterstützung einzureihen ³⁾. Dieser Sachverhalt zeigt deutlich, daß es der Polizei nicht gelang, mit allen zur Verfügung stehenden Kräften der Störungen Herr zu werden, daß also polizeilicher Notstand vorlag ⁴⁾.

Eine ähnliche Situation war in dem Falle in BGE 60 I 108 ⁵⁾ gegeben: Die streikenden "Vereinigten Monteure" begingen in Zürich eine Reihe fortgesetzter Ausschreitungen, die revolutionsähnlichen Zuständen gleichkamen. Der Versuch der Polizei mißlang, gegen die streikenden Arbeiter als Störer vorzugehen. Sie konnte die unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht beseitigen.

Zum regierungsrätlichen Verbot der Zeitung "Der Kämpfer" führt das Bundesgericht aus: "Das Mittel, das er (scil. der Regierungsrat) dabei anwandte, war gewiß geeignet, in diesem Sinne (scil. der Vorbeugung der Gefahr weiterer Ordnungsstörungen) zu wirken, da damit eine 'Ursache' der bisherigen Störungen der öffentlichen Ordnung wegfiel" ("Kämpfer-Fall"). In diesem Zitat ist bereits angedeutet, worauf das Bundesgericht sich stützt. Seine Absicht ergibt sich eindeutig aus folgendem Satz, mit dem es die Zeitung zum Störer macht: "Daß die in Frage stehenden Hetzartikel des 'Kämpfer' mit ihrer Entstellung der polizeilichen Tätigkeit inhaltlich nicht den Schutz der Preßfreiheit genießen, ist klar" ⁶⁾.

-
- 1) Heinz Alex Voigt, (op. cit., 106) vermutet als Grund für diese Tatsache: "... daß das schweizerische Bundesgericht bewußt in Zeiten politischer Spannung jeglicher Diskussion über ein polizeiliches Notstandsrecht ausweichen wolle, um nicht unnötigerweise mit dem Finger auf die staatlichen Machtmittel zu zeigen."
 - 2) BGE 57 I 266, Auszug aus dem Urteil vom 10. 7. 1931.
 - 3) Daher ist es fraglich, ob die Grenze zum inneren Notstand nicht schon überschritten war, vgl. oben Seite 57.
 - 4) Damit ist die Situation als solche gekennzeichnet. Die Polizei hatte so-nach das Recht, gegen Nichtstörer überhaupt vorzugehen. Ob jedoch die kommunistische Partei Nichtstörer war, ist damit noch nicht entschieden, vgl. dazu das im Text Folgende.
 - 5) Urteil vom 23. 2. 1934.
 - 6) BGE 60 I 108, 124.

Müller bemerkt dazu ¹⁾: "Uns scheint, wenn wir auch im Resultat noch so sehr mit den Ausführungen des Bundesgerichts übereinstimmen, just das Gegenteil 'klar' zu sein." Seine Ansicht begründet er damit, daß die streikenden Arbeiter Störer waren, und daß Hetzartikel solange den Schutz der Pressefreiheit genießen, als sie sich in den Schranken der öffentlichen Sicherheit und Ordnung halten; diese seien vorliegend nicht überschritten gewesen. Sein Ergebnis: Die Zeitung "Der Kämpfer" war Nichtstörer und hätte als solcher nach den gegebenen Umständen auch in Anspruch genommen werden können.

Das Bundesgericht hat sein Ergebnis nicht begründet. Dies wäre aber erforderlich gewesen. Denn insbesondere die Frage, warum die Artikel nicht den Schutz der Pressefreiheit genießen, hätte der Untersuchung bedurft. Es kann hier nur angedeutet werden, daß damit das Problem des Mißbrauchs der Ausübung eines Grundrechtes angeschnitten ist. Dieses Institut wird uns eingehend im dritten Teil der Arbeit beschäftigen. Dort wird zu klären sein, ob ein solcher Mißbrauch - wie er im Kämpfer-Fall möglicherweise vorliegt - die Störereigenschaft begründen kann ²⁾.

Im übrigen lag auch in diesem Falle eine polizeiliche Notstandssituation vor, denn das Vorgehen gegen die streikenden Arbeiter als Störer reichte nicht aus. Die Absicht des Bundesgerichts, in Zeiten politischer Brisanz einer Diskussion über das polizeiliche Notstandsrecht aus dem Wege zu gehen, mag verständlich sein. Indessen hatte sich das Bundesgericht selbst bereits in seinem Entscheid vom 20. 2. 1886 ³⁾ klar zum polizeilichen Notstand bekannt, wenn dieser in concreto auch nicht vorlag: "Es mag ja zugegeben werden, daß die Polizei, kraft ihrer Aufgabe, die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten, berechtigt ist, etwa eine einzelne Versammlung aufzuheben, sofern sie nicht im Stande ist, durch andere Mittel die Ordnung aufrecht zu erhalten und die Teilnahme an der betreffenden Versammlung zu schützen ..."

Anerkannt ist in der Wissenschaft, daß der herangezogene Nichtstörer Anspruch auf Schadensersatz hat ⁴⁾.

1) Heinrich Müller, op. cit., 134.

2) Vgl. unten § 18 III 3 ff.

3) BGE 12, 93, 109.

4) Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband, 4. Aufl. Bern 1966, 180, RNr. 237; Wieland Schmid, op. cit., 132 ff., a. a. O., 137 Anm. 462 wird dargelegt, daß der Nichtstörer auch dann einen Schadensersatzanspruch hat, wenn die Polizei ihn unabsichtlich in Anspruch nimmt, etwa bei Tumulten.

Schmid ¹⁾ weist "nachdrücklich auf das Unbefriedigende dieses Rechtszustandes" hin, daß die Wissenschaft gezwungen war, die Grundsätze des polizeilichen Notstandes gewohnheitsrechtlich zu entwickeln. Zunächst kann hier auf die Ausführungen zur gewohnheitsrechtlichen Geltung der polizeilichen Generalklausel verwiesen werden ²⁾. Das dort Gesagte gilt hier sinngemäß. Außerdem wird die folgende Erörterung zeigen, daß die Gefahr nicht von einer mangelnden gesetzlichen Normierung her droht.

4. Ein "Ausnahmefall", aufgezeigt an einer deutsch-schweizerischen Kontroverse

Lebhaftes Echo in der schweizerischen Literatur hat ein Fall gefunden ³⁾, der ursprünglich auf Drews ⁴⁾ zurückgeht. Der Sachverhalt ist folgender:

Bei großer wirtschaftlicher Not sammelt sich vor einem Bäckerladen eine hungrige Menge. Sie schickt sich an, den Laden zu stürmen und droht, die im Schaufenster ausgelegten Backwaren zu plündern ("Bäcker-Fall").

Drews hält das Gebot der Polizei an den Bäcker, seinen Laden zu schließen, für zulässig, "da das Schießen auf die Menge ganz zweifellos eine größere Störung der allgemeinen Sicherheit und Ordnung bewirken würde als das nach sonstigen Rechtsgrundsätzen nicht berechnete Eingreifen in die private Rechtssphäre des Bäckers." Wacke fügt dem in der 7. Auflage ⁵⁾ als Rechtfertigung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hinzu.

Ähnlich liegt ein vom pr OVG entschiedener Fall. Die Polizei hatte in politisch unruhigen Zeiten den Umzug eines nicht störenden Verbandes verboten, weil große Erregung herrschte und mit Ausschreitungen von Kommunisten gegen diesen

1) Op. cit., 66 Anm. 200.

2) Seite 21 ff.

3) Dessen Lösung durch Drews ist einmütig abgelehnt worden. Daher erscheint es gerechtfertigt, auf diesen Fall näher einzugehen, zumal es sich um die Abgrenzung zum Störer handelt.

4) Drews, op. cit., 52 ff. von Wacke in der 6. Aufl. (Berlin - Köln - München 1952, 99 ff.) wörtlich übernommen; unverändert mit kleinen Abweichungen im Wortlaut in der 7. Auflage, 256 ff.

5) Drews - Wacke, op. cit., 256.

Umzug zu rechnen war. Die Begründung ¹⁾: "Vielmehr kann ... die Polizei ausnahmsweise auch gegen die an sich berechnigte Veranstaltung einschreiten, ... wenn ein wirksames Einschreiten gegen die eigentlichen Störer eine unverhältnismäßig größere Erschütterung der öffentlichen Sicherheit mit sich bringen würde als das Verbot der Veranstaltung." Diese Ansicht wird von der in Deutschland herrschenden Lehre gebilligt ²⁾. Das bw PolG hat diesen Sachverhalt sogar in die Regelung des polizeilichen Notstandes aufgenommen ³⁾.

Das schweizerische Bundesgericht hat vorübergehend dieselbe Meinung vertreten. In BGE 55 I 228, 238 ⁴⁾ wird das Verbot der Polizei des Kantons Freiburg, die rote Fahne in einem Umzug mitzuführen, gerechtfertigt, weil dies zu Ordnungsstörungen durch Nichtumzugsteilnehmer führen könne. Das Urteil vom 3. 4. 1935 ⁵⁾ führt anlässlich des Verbotes eines Fackelzuges der "Nationalen Front" aus: "Mit

- 1) PrOVGE 78, 279, 281, Urteil vom 7. 2. 1924. In der Entscheidung Reger 31 (1911), 400, 403, Urteil vom 6. 1. 1911 war die Auffassung von Drews noch abgelehnt worden.

Schmid (op. cit., 77) bemerkt hierzu: "In den unruhigen, vom Parteihader aufgewühlten Zeiten nach dem Krieg hat es (scil. das pr OVG) aus Zweckmäßigkeitsgründen (etwas anderes liegt nicht vor!) seine Meinung geändert."

- 2) Drews - Wacke, op. cit., 257; Ule - Rasch, op. cit., Erl. A I 2 zu § 21 (pr) PVG; Müller-Heidelberg - Claus, Das niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2. Aufl. Hannover 1956, Erl. 2 b bb zu § 8 SOG; Fritz Rietdorf, Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden für das Land Nordrhein-Westfalen, Stuttgart - München - Hannover 1957, Anm. 5 zu § 19 OBG.

H. Peuker (Der Ideengehalt des Polizeibegriffes, PrVBl. 47 (1925/26), 569, 571) gibt immerhin zu bedenken, daß es für die Polizei schwierig sein kann, die Grenze zu erkennen, wo eine solche größere Gefahr nicht objektiv besteht, sondern von Gegenspielern an die Wand gemalt wird.

- 3) § 9 bw PolG: "Gegenüber anderen als in den §§ 6 und 7 bezeichneten Personen (= Verhaltens- und Zustandsstörer) kann die Polizei ihre Maßnahmen nur dann treffen, wenn ... durch Maßnahmen nach den §§ 6 - 8 ein Schaden herbeigeführt würde, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht."

Die amtliche Begründung (Seite 1904, cit. bei Reiff, op. cit., Erl. II 3 b zu § 9 bw PolG) läßt mit ihrem Beispiel (eine Menge droht wegen einer heraushängenden Fahne ein Haus zu stürmen) keinen Zweifel daran, daß hiermit obiger Fall gemeint ist.

- 4) Arrêt du 11. 10. 1929.

- 5) BGE 61 I 103, 109/110.

dem regierungsrätlichen Verbot sind aber unter Umständen auch Manifestationen verunmöglicht, deren Veranstalter selber die öffentliche Ordnung wahren wollen, bei denen aber die Gefahr besteht, daß Angehörige gegnerischer Gruppen störend eingreifen, und daß es so zu Unruhen kommt. Auch insofern erscheint das Verbot nicht als unzulässig... Denn solche Störungen zur Nachtzeit können von der Polizei vielfach überhaupt nicht oder dann nur mit einem ganz unverhältnismäßigen Aufwand verhindert werden" ("National-Front-Fall").

Hiergegen und gegen die in Deutschland herrschende Meinung wendet sich die einstimmige Kritik der schweizerischen Wissenschaft ¹⁾. Zunächst muß als richtig zugegeben werden, daß der Schutz bestimmter Veranstaltungen gegen zahlreiche Angreifer immer zu einer stärkeren Berührung der Öffentlichkeit führen muß als das Verbot der rechtmäßigen Kundgebung ²⁾. Die Frage aber ist die, ob diese "unverhältnismäßig größere Erschütterung" ³⁾ es rechtfertigt, gegen einen Nichtstörer vorzugehen, obwohl der Störer in Anspruch genommen werden kann, wenn auch unter Aufbietung größerer Mittel als unter normalen politischen Verhältnissen ⁴⁾.

- 1) Heinrich Müller, op. cit., 126 ff.; Heinz Alex Voigt, op. cit., 100 ff.; Schmid, op. cit., 76 ff.

Mißverständlich erscheint zunächst Konrad Hoerni, Das Versammlungsrecht in der Schweiz, Diss. Zürich 1938, wenn er (a. a. O., 142) schreibt:

"Wenn der Aufwand an Mitteln sich als unverhältnismäßig groß erweist, ist gleich zu verfahren wie im Falle der objektiven Unmöglichkeit (scil. der Inanspruchnahme des Störers). Dann ist das staatliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung über das private Interesse an der unbehinderten Ausübung der Freiheit zu stellen und es darf eine an sich zulässige Versammlung verboten oder beschränkt werden."

Trotzdem befindet sich Hoerni im Einklang mit der herrschenden Lehre in der Schweiz, denn sein nächster Satz lautet: "Zu dieser Maßnahme darf die Polizei aber nur greifen, wenn die öffentliche Ordnung mit keinem andern Mittel gewahrt werden kann."

- 2) Dies gibt auch Furler zu (op. cit., 375 ff.). Als Kritiker der Rechtsprechung des pr OVG ist er in Deutschland allein geblieben. Kritische Ansätze nur noch bei Wilhelm Troitzsch, Der Adressat der Polizeiverfügung, Mecklenburgische Zschr. für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung, 42 (1926), Spalten 325 ff. (Adressat), 328 f.
- 3) PrOVGE 78, 279, 281, Urteil vom 7. 2. 1924.
- 4) Können Störungen durch Heranziehung des Störers überhaupt nicht verhindert oder beseitigt werden, dann liegt echter Notstand vor; darauf verweisen zutreffend Heinz Alex Voigt, op. cit., 103 Anm. 30 und Schmid, op. cit., 80 Anm. 251 bei der Kritik zum Urteil vom 3. 4. 1935, BGE 61 I 103.

An den Konsequenzen wird die Gefährlichkeit dieser Haltung deutlich: Das Recht des Nichtstörers wird zugunsten der Gegner preisgegeben, welche die Ausübung dieses Rechtes verhindern wollen. Also gerade die Störer hätten es in der Hand, die Ausübung verfassungsmäßiger Rechte zu vereiteln, zu deren Schutz der Staat seine gesamte Kraft einzusetzen hat. An dem Gedanken dieser "Verhältnismäßigkeit" gemessen, müßte die Polizei sich an die kleinere Versammlung, die kleinere Partei oder den kleineren Umzug halten und sie auflösen, bzw. verbieten ¹⁾.

"Frei übersetzt kann das nichts anderes heißen als: Wir decken Eingriffe der Polizeibehörden in verfassungsmäßige Rechte dann, wenn deren Schutz nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand erreicht werden könnte (!)" ²⁾

Überhaupt nicht berührt ist dieses Problem bei Wolff ³⁾. Er läßt das Vorgehen gegen einen Nichtstörer zu, obwohl ein Störer vorhanden ist, "aus dem Gesichtspunkte der erheblich überwiegenden Gefahr, die das Einschreiten gegen den Störer zur Folge haben würde." Die Entscheidung des pr OVG vom 7.2.1924 ⁴⁾ nimmt unter Geltung des Grundrechtes der Versammlungsfreiheit (Art. 123 WRV) dazu ebenfalls keine Stellung ⁵⁾.

Das Bundesgericht hat in einem weiteren National-Front-Fall ⁶⁾ versucht, mit Rücksicht auf die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung, die "Nationale Front"

- 1) Heinrich Müller, op. cit., 130) weist auf die große Versuchung zu parteipolitischer Ausnutzung solcher Situationen hin, "wenn von politischen Parteien gewählte maßgebende Polizeibeamte über die 'Verhältnismäßigkeit der polizeilichen Inanspruchnahme' zu entscheiden haben."
- 2) Heinz Alex Voigt, op. cit., 103; Das Ausrufungszeichen steht bereits bei ihm.
- 3) Hans Matthias Wolff, op. cit., 49.
- 4) PrOVGE 78, 279, 281.
- 5) Damit ist vielleicht die unterlassene Auseinandersetzung mit Art. 8 GG bei Drews - Wacke (op. cit., 256) erklärt, aber nicht gerechtfertigt. Bei den Erörterungen zu Art. 8 GG (a. a. O., 136) fehlt jeder Hinweis auf diesen Fall.
- 6) Entscheid vom 8.5.1939, abgedruckt in der NZZ vom 9.5.1939, Nr. 839, cit. bei Schmid (op. cit., 80), der dazu bemerkt: "In allerneuester Zeit hat sich das Bundesgericht die Sache noch viel einfacher gemacht; es erklärt einfach diejenigen, die ein verfassungsmäßiges Recht ausüben (NB, wenn sie der 'überwiegenden Mehrheit' der Bevölkerung nicht genehm sind) als 'Störer'! Daher kann die Polizei durchaus rechtmäßigerweise gegen sie vorgehen - nur ist neben der betroffenen Partei die verletzte Bundesverfassung die Leidtragende."

als Störer zu betrachten. Die Begründung kennzeichnet Müller ¹⁾ durch folgende Argumentation: Wenn jemand sein Recht ausübt und ihn daran eine andere Person durch Unruheistung hindern will, so daß die öffentliche Ordnung gefährdet wird, so nimmt man eine Provokation an. Da der ursprünglich sein Recht Ausübende 'proviziert', wird er nunmehr zum Störer.

Die Rücksicht auf die Mehrheit der Bevölkerung vermag die Störereigenschaft der "Nationalen Front" nicht zu begründen. Denn auch Minderheiten haben in der Demokratie Anspruch auf Schutz durch die Polizei. Wie im Kämpfer-Fall stellt sich aber hier die Frage, ob die Störereigenschaft auf dem Wege über den Mißbrauch der Ausübung eines Grundrechtes festgestellt werden kann. Hierzu muß wieder auf den dritten Teil der Arbeit verwiesen werden ²⁾.

Für den Fall des Nichtstörers hat das Bundesgericht bereits im 63. Bande ³⁾ die Berücksichtigung der unverhältnismäßig größeren Erschütterung der öffentlichen Ordnung aufgegeben, und es schützte den nichtstörenden Unternehmer in der Ausübung seiner Rechte:

"Quant à la Municipalité de Sion, elle n'alligue pas s'être trouvée dans l'impossibilité de maintenir l'ordre et d'assurer l'observation de la loi, elle n'établit pas avoir pris, comme c'était son devoir, toutes les mesures pour couper court à l'agitation qui s'était manifestée, en éclairant, par exemple, la population sur le caractère inadmissible de l'opposition faite à l'emploi de la pelle mécanique et en menaçant de sanctions ceux qui troubleraient l'ordre public et se livrait à des actes de violences ou à des atteintes à la propriété d'autrui ou à la liberté du travail."

Für den von Drews konstruierten Bäcker-Fall muß einerseits bezweifelt werden, ob eine unverhältnismäßig größere Erschütterung vermieden wird. Sieht die Menge, daß die Polizei nicht gegen sie vorgeht, dann wird sie versuchen, die Plünderung zu einem späteren Zeitpunkt zu wiederholen.

Andererseits ist wieder die Frage zu stellen, ob der Bäcker bei seinem Verhalten in der konkreten Situation Nichtstörer bleibt. Kann der Mißbrauch eines Grundrechtes die Störereigenschaft begründen, und liegt ein solcher vor, dann wäre das Vorgehen gegen den Bäcker als Störer zulässig. Da in diesem Falle zwei Störer vorhanden wären, hätte sich die Polizei in der Tat nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an den Bäcker zu halten.

1) Heinrich Müller, op. cit., 130 Anm. 39.

2) Vgl. unten § 18 III 3 ff.

3) BGE 63 I 213, 223, Arrêt du 11. 6. 1937.

Hier bleibt als Ergebnis festzuhalten, daß ein Nichtstörer unter keinen Umständen in Anspruch genommen werden darf, solange gegen einen Störer überhaupt vorgegangen werden kann. Die "Ausnahme" der unverhältnismäßig größeren Erschütterung der öffentlichen Ordnung rechtfertigt keine andere Entscheidung. Diese Lösung widerspricht der in Deutschland herrschenden Meinung, befindet sich aber in Einklang mit der schweizerischen.

Es hat sich jedoch herausgestellt, daß die Schwierigkeit in den behandelten Fällen in der Feststellung liegt, ob die Personen - gegen die vorgegangen wurde - tatsächlich Nichtstörer waren. Hierauf werden wir zurückkommen.

§ 4 DIE KAUSALITÄT UND DEREN THEORIEN

Im Polizeirecht spielt die Kausalität bei der Bestimmung des Begriffs des Verhaltensstörers eine besondere Rolle. Es ist daher erforderlich, auf den Begriff des Kausalzusammenhangs und die Kausalitätstheorien einzugehen.

I. DER BEGRIFF DES KAUSALZUSAMMENHANGS

Der Begriff der Verursachung ist kein spezifisch juristischer. Vielmehr gehört er zur naturwissenschaftlich-philosophischen Erkenntnislehre. Ohne auf die philosophische Diskussion über das Wesen der Ursache näher eingehen zu können ¹⁾, sei hier die noch gültige und allgemein anerkannte Formulierung von John Stuart Mill angeführt ²⁾:

"The cause is the sum total of the conditions, positive and negative, taken together; the whole of the contingencies of every description, which, being realized, the consequent invariably follows."

Ursache ist also die Gesamtheit aller Bedingungen, bei deren Setzung der Erfolg jedesmal in ein und derselben Weise eintritt ³⁾.

-
- 1) Der älteste Grundsatz der Philosophie ist der Satz vom zureichenden Grunde: Was ist, muß einen Grund, eine Ursache haben.

Im Anschluß an Aristoteles (Metaphysik, Hamburg 1966, V. Buch, 2. Kap., RNr. 1013 a) werden vier Arten von Ursachen auseinander gehalten; Form- und Materie-Ursache (causa formalis und causa materialis), die Form als das eigentliche Wirkprinzip, die Materie als die Möglichkeit für die Gestaltung. Die Formursache kann auf zweierlei Art in die Erscheinung treten, zunächst als Wirkursache i. e. S. (causa efficiens), die den jeweiligen Anstoß von Bewegung und Veränderung verleiht, oder als Ziel- und Zweck-Ursache (causa finalis), die dem Geschehen das Ziel gibt. Näher hierzu: Ludwig Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904, 13 ff. Zum gegenwärtigen Stand der Frage: Alwin Diemer, Ontologie, Frankfurt 1958, 236 ff.

- 2) John Stuart Mill, A system of Logic, London 1875, 383, cit. bei Fritz Häberlin, Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadensersatzrecht, Diss. Bern 1924, 24/25.
- 3) Traeger, op. cit., 16/17.

Das Recht fragt nach einem menschlichen Verhalten und dem hieraus resultierenden Erfolg, um daran eine Rechtsfolge knüpfen zu können. Die gedankliche Verbindung zwischen Verhalten und Erfolg ist der Kausalzusammenhang, der Voraussetzung für die Verantwortlichkeit für den Erfolg ist. Da der Begriff des Kausalzusammenhangs ein philosophisch-logischer ist, muß auch jede Einzelwissenschaft von ihm ausgehen. Die Frage nach dem Kausalzusammenhang muß mithin für das gesamte Recht einheitlich beantwortet werden. Es gibt keinen speziellen zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Kausalbegriff und ebenso keinen besonderen für das Polizeirecht ¹⁾.

Das menschliche Verhalten umfaßt Handlung und Unterlassen. Daß eine Handlung für einen Erfolg kausal sein kann, leuchtet ein. Für das menschliche Unterlassen ist dies jedoch nicht selbstverständlich.

II. DIE KAUSALITÄT DER UNTERLASSUNG

Das Problem wird seit langem diskutiert; Wie kann aus einem "Nichts" (dem Unterlassen) ein Erfolg in der Außenwelt entstehen? ²⁾ Einigkeit herrscht heute darüber, daß das Unterlassen ein "Etwas-Nicht-tun" ist ³⁾. Es wird gefragt, ob die erwartete Handlung den eingetretenen Erfolg verhindert hätte. Hieraus erhellt, daß es sich um ein hypothetisches Denkverfahren handelt. Es ist daher nicht rich-

-
- 1) Ludwig Bock, Kausalität, Schuld und Rechtswidrigkeit im Polizeirecht, Stuttgart 1933, 13; Werner Hurst, Zur Problematik der polizeirechtlichen Handlungshaftung, AöR 83 (44 n.F., 1958), 43 ff., 45 Anm. 6. Fleiner (KausProbl., 3) schreibt dazu: "Da das Polizeirecht von dem Schuldmoment absieht, so tritt in diesem Bereich die Kausalität reiner in Erscheinung als in anderen Rechtsdisziplinen." Auch Fleiner geht also von der allgemeinen Kausalität aus.
 - 2) Max Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 90 (40 n.F., 1900), 319 ff.; Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931, Anm. IV zu § 1 StGB; Ernst Amadeus Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, Heidelberg 1965, 33 ff.; Roland Gmür, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, Diss. Zürich 1958, 131 ff.
 - 3) Arnold Gmür, Der Kausalzusammenhang in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts und der Kausalzusammenhang im Strafrecht, Diss. Zürich 1926, 77/78.

tig, wenn Häberlin ¹⁾ die "tatsächliche Kausalität der Unterlassung" bejaht. Der Schluß geht von der Handlung aus, die statt des Unterlassens zu erwarten war ²⁾. Das Bundesgericht schreibt von "unterlassener Vorkehr" ³⁾ und davon, daß jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, wie sich sonst die Verhältnisse gestaltet haben würden ⁴⁾.

Zutreffend sind die Formulierungen, daß das Unterlassen als kausal angesehen wird ⁵⁾, daß das Unterlassen gleichbehandelt wird wie die allein kausale Handlung ⁶⁾. Die Kausalität der Unterlassung wird fingiert ⁷⁾.

Die Schwierigkeit bei diesem hypothetischen Denkprozeß besteht darin, daß das Hinzudenken der unterlassenen und erwarteten Handlung das Nichteintreten des Erfolges zur Folge haben muß. Mit Sicherheit kann aber in keinem Falle gesagt werden, daß der - eingetretene - Erfolg unterblieben wäre, wenn die Handlung vorgenommen worden wäre. Das Reichsgericht ⁸⁾ und der Bundesgerichtshof ⁹⁾ fordern hierfür eine "an Sicherheit grenzende" Wahrscheinlichkeit, während sich das Bundesgericht ¹⁰⁾ mit der Wahrscheinlichkeit begnügt.

- 1) Häberlin, op. cit., 37; ähnlich beschreibt Wolf Bürgi (Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, Diss. Bern 1927, 16) die Unterlassung als ebenso kausalwirkend wie die Handlung. Ebenfalls ohne Begründung: Valentin Hoffmann, Der Verursacher im Polizeirecht und seine Verantwortlichkeit, Diss. Hamburg 1949, 72.
- 2) H. Becker, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl. Bern 1941, Anm. D II 2 zu Art. 41 OR, RNr. 16.
- 3) BGE 32 II 300, 303, Urteil vom 19. 5. 1906.
- 4) BGE 50 II 363, 368, Urteil vom 7. 10. 1924.
- 5) Frank, op. cit., Anm. IV zu § 1 StGB; Schönke - Schröder, op. cit., Vorbem. IV 1 und VI 12 vor §§ 1 ff. StGB, RNr. 58 und 141 ("Quasikausalität").
- 6) Gustav Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, Diss. Berlin 1902, 74; Karl Larenz, Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, 686; Ernst Amadeus Wolff, op. cit., 35/36.
- 7) Ähnlich Scholz-Forni (Verantwortlichkeit, 71), der davon spricht, daß "eigentlich kausal" Unterlassungen nicht werden können; ebenso Roland Gmür, op. cit., 135. Ernst Hafter (Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Bern 1946, § 16 IV, 83) meint, daß "juristisch" die Kausalität vorhanden sei; im gleichen Sinne Karl Otfinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1958, 70.
- 8) RGSt 51, 127, Urteil vom 25. 6. 1917.
- 9) BGHZ 2, 138, 141, Urteil vom 11. 5. 1951.
- 10) BGE 28 II 18, 25, Arrêt du 20. 2. 1902.

Daß die fingierte Kausalität einer Unterlassung allein zur polizeilichen Verantwortlichkeit nicht ausreicht, wurde bereits ausgeführt ¹⁾.

III. DIE KAUSALITÄTSTHEORIEN

1. Die Notwendigkeit der Einschränkung

Der Kausalitätsbegriff im philosophisch-logischen und naturwissenschaftlichen Sinne ist für das Recht unbrauchbar. Da bei diesem nach einem menschlichen Verhalten gefragt wird, könnte ein solches - bei dem denkbaren "regressus ad infinitum" ²⁾ jeglicher Kausalreihe - niemals die Gesamtheit der Bedingungen eines Erfolges setzen ³⁾. Die ausschließliche Verwendung der "natürlichen" Kausalität hätte zur Folge, daß ein einzelnes menschliches Verhalten niemals Ursache eines Erfolges sein könnte; denn menschliches Verhalten ist immer nur ein Teilausschnitt aus einer Kausalreihe.

Sonach ist dieser Kausalbegriff im Zivil- und im Strafrecht unverwendbar ⁴⁾. Auch im Polizeirecht wäre eine Verantwortlichkeit ausgeschlossen. Die Unmöglichkeit des Setzens aller Bedingungen durch einen Menschen würde die Polizei zur Untätigkeit verurteilen.

Jegliche Rechtsordnung hat damit die Aufgabe, die Uferlosigkeit des philosophischen Kausalitätsbegriffes einzudämmen ⁵⁾. Der Begriff der Ursache - im juristi-

1) Hierzu oben Seite 37/38.

2) Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931, 47.

3) Fritz Lindenmaier, Adäquate Ursache und nächste Ursache, ZHK 113 (1949), 207 ff. (Ursache), 212.

4) Moser, op. cit., 7.

5) Wenn allerdings Moser (op. cit., 8) von der Notwendigkeit eines Rechtsbegriffes der Ursache schreibt, so ist dies zumindest unklar, denn einen solchen gibt es nicht (vgl. oben Seite 69). Gemeint ist mit diesem Ausdruck, daß das Recht eine Auswahl unter den unendlich vielen Bedingungen vornehmen muß. Es wäre also richtiger, zu formulieren, das Recht halte bestimmte Bedingungen für ursächlich. Indessen ist die Ausdrucksweise "Ursache 'ist'" bei allen Autoren, die sich mit dieser Frage beschäftigen, derart gebräuchlich, daß es als sinnlos erscheint, gegen diesen ungenauen Ausdruck vorzugehen. Er wird daher im folgenden Text auch verwendet in dem Bewußtsein, daß es sich jeweils um Teilausschnitte aus dem philosophischen Begriff handelt.

schen Sinne - ist nicht gesetzlich normiert. Wissenschaft und Rechtsprechung haben mannigfache Kausalitätstheorien entwickelt, die jeweils verschiedene Antworten auf die Frage geben, welche Bedingungen für einen Erfolg ursächlich im Rechtssinne sind.

2. Die Bedingungstheorie

a. Die theoretische Grundlegung

Von Buri - der Begründer der Lehre - postuliert, daß alle diejenigen Kräfte, deren Wirksamkeit eine Erscheinung ihre Entstehung verdankt, als gleichberechtigt angesehen werden müssen ¹⁾. Daher rührt der Name "Äquivalenztheorie". Folgende Fassung der Bedingungstheorie hat sich eingebürgert: Jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der eingetretene Erfolg entfielen, ist für diesen Erfolg kausal, sie ist *conditio sine qua non*.

Ist auch der Begriff des Kausalzusammenhanges für das Recht derselbe wie in der Philosophie, so geht die Bedingungstheorie als juristische Kausalitätstheorie einen Schritt weiter, indem sie alle Bedingungen für gleichwertig erachtet. Diese Festsetzung als gleichwertig ist bereits eine Modifizierung der rein philosophischen Kausalität. Denn dort und im naturwissenschaftlichen Bereich lassen sich Unterschiede bilden, die eine verschiedene "Wertigkeit" der Bedingungen zur Folge haben ²⁾. Häberlin ³⁾ hat also recht, wenn er schreibt, daß für den Juristen jede Bedingung kausal ist; daß aber alle gleichwertig sind, ergibt sich hieraus allein noch nicht. Dies ist aber das Wesensmerkmal der Bedingungstheorie ⁴⁾.

-
- 1) Maximilian von Buri, Ueber Causalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873, 3.
 - 2) Ernst Amadeus Wolff, op. cit., 13 Anm. 5; vgl. auch oben Seite 68 Anm. 1; *causa efficiens* und *causa finalis* sind nicht gleichwertig.
 - 3) Op. cit., 34. Bürgi (op. cit., 41/42) mißversteht ihn also, wenn er Häberlin vorwirft, er mache keinen Unterschied zwischen dem Kausalproblem in der Philosophie und im Recht; denn dieses ist für beide Gebiete dasselbe.
 - 4) Erstaunlich ist, daß von Buri nicht begründet, warum alle Bedingungen "gleichberechtigt" sein sollen. Auch später wurde dies widerspruchlos hingenommen. Der Hintergrund dürfte die "Kapitulation" des Juristen vor dem Problem der verschiedenen Wertigkeit der Ursachen im philosophischen Sinne sein. Diese wird ignoriert und gleiche Wertigkeit aller Bedingungen unterstellt.

Der folgende Text zeigt, daß dieses Verfahren unschädlich ist. Denn mit

Aus der Gleichwertigkeit aller Bedingungen wird nun folgender Schluß gezogen: "Eine Handlung ist dann kausal, wenn bei ihrem Hinwegdenken ... der konkrete Erfolg nicht eingetreten wäre" ¹⁾. Es handelt sich also um eine "negativ gefaßte Prüfungsanweisung" ²⁾, die im konkreten Fall die Untersuchung ermöglicht, ob nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel Kausalzusammenhang besteht ³⁾.

b. Der Geltungsbereich

Die Bedingungstheorie ist herrschende Meinung im deutschen Strafrecht. Nachdem das Reichsgericht sie von Anfang an vertreten hatte, wurde sie auch vom Bundesgerichtshof ⁴⁾ und der Wissenschaft übernommen ⁵⁾.

Die Konsequenzen der Bedingungstheorie gehen sehr weit. Es werden vor allem auch atypische Geschehensabläufe erfaßt. Mit der bejahenden Kausalität ist aber die Verantwortlichkeit noch nicht gegeben. Insbesondere bilden die Straftatbestände des besonderen Teils des Strafgesetzbuches ein "engmaschiges Filter" ⁶⁾. Hinzu kommt, daß durch das Erfordernis der Rechtswidrigkeit und der Schuld wei-

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 72

der "Gleichwertigkeit aller Bedingungen" wird nicht der Ernst gemacht, wie es zunächst den Anschein hat. Dies zeigt die negative Formulierung, welche von allen in Betracht kommenden "gleichwertigen" Bedingungen von vornherein nur diejenigen betrachtet, die eine hypothetisch negative Beziehung zum Erfolg haben, vgl. dazu Roland Gmür, op. cit., 41/42.

- 1) Günter Spendel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Diss. Heidelberg 1948, 38 und 92.
- 2) Ernst Amadeus Wolff, op. cit., 14; sie wurde vom Reichsgericht entwickelt.
- 3) Dieser erforderliche - hypothetische - Denkprozeß und die Tatsache, daß mit der *conditio-sine-qua-non*-Formel bestimmte Kausalitätsverhältnisse nicht erfaßt werden können, haben zu Kritik an der Bedingungstheorie geführt, vgl. näher Engisch, op. cit., 9 ff., 15 ff. und 32 ff.; Spendel, op. cit., 31 ff.; Ernst Amadeus Wolff, op. cit., 15 ff.; Bürgi, op. cit., 42 und Roland Gmür (op. cit., 39 ff. und 142 ff.), der die Theorie verteidigt.
- 4) BGHSt 1, 332, 333, Urteil vom 28.9.1951 und BGHSt 4, 360, 361/362, Urteil vom 1.10.1953.
- 5) Aufgeführt bei Schönke - Schröder, op. cit., Vorbem. IV 1 vor §§ 1 ff. StGB, RNR. 59.
- 6) Moser, op. cit., 12.

tere Kausalverläufe ausscheiden. Die Härten der Bedingungstheorie werden durch die Notwendigkeit von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld gemildert.

Außer im deutschen Strafrecht ist die Bedingungstheorie weder in Deutschland noch in der Schweiz ¹⁾ zur Herrschaft gelangt.

3. Die individualisierenden Kausalitätstheorien ²⁾

Diese schränken die Kausalität insofern ein, als sie den ganz konkreten Wirkungsanteil des einzelnen menschlichen Verhaltens ³⁾ bestimmen wollen. Die Konsequenzen der Bedingungstheorie waren der Anlaß dazu, nicht jede Bedingung des Erfolges als Ursache im Rechtssinne anzuerkennen ⁴⁾. Den vielen Bedingungen wird ein höherer oder niederer Grad von Wichtigkeit für den Erfolg und dessen Eintritt beigelegt. Besonders bedeutsame Bedingungen werden dann als Ursache bezeichnet. Eine solche Ursache begründet den Kausalzusammenhang, nicht aber eine "bloße" Bedingung.

Darüber jedoch, was Ursache und was lediglich Bedingung sein soll, herrscht zwischen den Anhängern der individualisierenden Theorien Streit. Nach Binding ⁵⁾ ist Ursache diejenige Bedingung, die das Gleichgewicht zwischen den den Erfolg abhaltenden und den zu ihm hinwirkenden Bedingungen zugunsten der letzteren verändert ("Gleichgewichtstheorie" oder Theorie von der ausschlaggebenden Be-

-
- 1) Lediglich als Theorie behandelt wird sie von Theo Guhl, Untersuchungen zu Art. 51 OR, Diss. Bern 1904 (Untersuchungen), 69 ff.; Arnold Gmür, op. cit., 17 ff. und Bürgi, op. cit., 41 ff.; Häberlin (op. cit., 33 ff.) und - sehr entschieden - Roland Gmür (op. cit., passim, insbes. 99 ff.) wollen an der Bedingungstheorie festhalten.
 - 2) Im Anschluß an Traeger (op. cit., 79) werden sie durchgängig als solche bezeichnet; Exner, op. cit., 9; Moser, op. cit., 13 und Bürgi, op. cit., 43. Die Formulierung rührt von der Frage her, welche Bedeutung die Bedingungen im Hinblick auf den individuellen Fall haben.
 - 3) Nagler im Leipziger Kommentar, Erster Band, 8. Aufl. Berlin 1957, Anhang 1, II B 3 b bb.
 - 4) Rudolf Ortmann, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, Gold-Arch. 23 (1875), 269 f.
 - 5) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, Normen und Strafgesetze, 4. Aufl. Leipzig 1922, Neudruck 1965, 116.

dingung). Birkmeyer ¹⁾ bezeichnet als Ursache die wirksamste Bedingung unter Ausschluß aller übrigen. Dagegen vertritt Ortmann ²⁾ die Theorie von der letzten Bedingung. Ursache ist die letzte Erfolgsbedingung unter Ausschluß der vorangegangenen.

Alle individualisierenden Kausalitätstheorien sind von jeher angegriffen und widerlegt worden. Insbesondere fehlen für die notwendige Wertung, welche Bedingung "ausschlaggebend", "am wirksamsten" oder "letzte" sein soll ³⁾, die Beurteilungsmaßstäbe ⁴⁾.

So sind die individualisierenden Kausalitätstheorien weder in Deutschland noch in der Schweiz je zur Herrschaft gelangt.

4. Die Adäquanztheorie

a. Die verschiedenen Ausgestaltungen

Von Kries gilt als der Begründer der Adäquanztheorie. Er fußte auf Vorarbeiten von Bars ⁵⁾, für den ein Mensch dann Ursache einer Erscheinung ist, wenn der sonst als regelmäßig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird. Der Physiologe von Kries unterscheidet nun zufällige und adä-

- 1) Birkmeyer, Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, Der Gerichtssaal 37 (1885), 257 ff., 272.
- 2) Rudolf Ortmann, Zur Lehre vom Causalzusammenhang, Gold-Arch. 24 (1876), 93 ff., 99; über Ausnahmen ders., op. cit., GoldArch 23 (1875), 268 ff., 277.
- 3) Zur zusätzlichen "causa-efficiens-Theorie" Josef Kohlert (Über den Kausalbegriff, GoldArch, 51 (1904), 327 ff., 337) vgl. Becker, op. cit., Anm. D III 1 b zu Art. 41 OR, RNr. 20; Oser - Schönenberger, Das Obligationenrecht, Erster Halbband, 2. Aufl. Zürich 1929, Anm. VI 1 b zu Art. 41 OR, RNr. 78; Bürgi, op. cit., 47 f.
- 4) Häberlin, op. cit., 27 ff.; Guhl, Untersuchungen, 69 ff.; J. C. W. Thyrén, Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, Lund 1894, 42 ff., 61 ff.; von Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. Berlin und Leipzig 1932, 168; Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Karlsruhe 1965, 163.
- 5) Ludwig von Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, Leipzig 1871, 11.

quate Verursachung wie folgt: "Wo es festgestellt ist, daß ein Moment für einen Erfolg causal war ¹⁾, da unterscheidet man doch noch, ob der Zusammenhang desselben mit dem Erfolge ein zu verallgemeinernder oder nur eine Eigentümlichkeit des vorliegenden Falles ist, ob das Moment, wie man zu sagen pflegt, allgemein geeignet ist, eine Tendenz besitzt, einen Erfolg solcher Art hervorzurufen, oder ob es nur in zufälliger Weise die Veranlassung desselben geworden ist" ²⁾.

Das Wesen der Adäquanztheorie besteht sonach darin, daß ihr "stets eine generalisierende Betrachtung des Einzelfalles zu Grunde liegt" ³⁾. Das Hauptproblem dieser Theorie hat schon von Kries selbst gesehen: Da auf sehr verschiedene Weise generalisiert werden kann, kommt es auf die Art der Generalisierung entscheidend an. Er selbst nimmt die Generalisierung vom Standpunkt des Handelnden aus vor. Adäquate Verursachung liegt dann vor, wenn die dem Handelnden bekannten und erkennbaren Umstände geeignet sind, den Erfolg generell herbeizuführen (Theorie der subjektiv-adäquaten Verursachung) ⁴⁾.

Die ersten Versuche einer Verobjektivierung der Generalisierung wurden von Rümelin gemacht ⁵⁾. Er nimmt in das Wahrscheinlichkeitsurteil auch auf, "was dem Täter bekannt war oder bekannt sein mußte, außerdem aber, was sonst bekannt war oder bekannt geworden ist, z. B. die durch den nachträglichen Verlauf aufgedeckten, aber zur Zeit der Tat schon vorliegenden Umstände" ⁶⁾ (Theorie der objektiv-nachträglichen Prognose) ⁷⁾.

Traeger ⁸⁾ vertritt eine Mittelmeinung. Er schreibt: "Eine sich als conditio

- 1) Der Ausgangspunkt ist also derjenige der Bedingungstheorie, Radbruch, op. cit., 9 und Arnold Gmür, op. cit., 23.
- 2) Johannes von Kries, Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie (Vschr. f. Ph.) 12 (1888), 179 ff., 200/201.
- 3) Von Kries, op. cit., 216.
- 4) Op. cit., 229, 231 Anm. 1 und 232.
- 5) Rümelin, op. cit., 171 ff.
- 6) Op. cit., 189; zu einer Einschränkung a. a. O., 300 f.
- 7) Indessen: Ein Vorhersehen ex post ist eine logische Unmöglichkeit. Wenn es um das Vorhersehen eines Erfolges geht, kann man nur dasjenige voraussehen, was ex ante erkennbar ist. Eine Betrachtung ex post führt dazu, daß alle Bedingungen in die Sicht einbezogen werden müssen. Dies läuft wieder auf die Bedingungstheorie hinaus, vgl. Radbruch, op. cit., 41/42, Bürgi, op. cit., 65 und Häberlin, op. cit., 31.
- 8) Traeger, op. cit., 159.

s. q. n. eines bestimmten Erfolges erweisende Handlung oder sonstige Begebenheit ist dann adäquate Bedingung des Erfolges, wenn sie generell begünstigender Umstand eines Erfolges von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht." Basis des Wahrscheinlichkeitsurteils sind einmal alle zur Zeit des Eintritts der Begebenheit dem "einsichtigsten Menschen" erkennbaren Umstände und außerdem die dem Handelnden außerdem noch bekannten.

Traeger berücksichtigt sonach die ex ante erkennbaren Umstände wie von Kries, nicht aber die ex post festgestellten wie Rümelin. Er verobjektiviert jedoch im Gegensatz zu von Kries auf den "einsichtigsten Menschen" ¹⁾. Der Handelnde wird insoweit berücksichtigt, als Traeger die diesem bekannten Umstände einschließt. Insofern hat auch die Traeger'sche Formel einen subjektiven Einschlag ²⁾.

b. Der Geltungsbereich

Im deutschen Zivilrecht herrscht die Adäquanztheorie. Eine Bedingung ist dann adäquate Ursache im Rechtssinne, wenn sie "generell" ³⁾ oder "im allgemeinen" ⁴⁾ geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Gelegentlich wird auch eine negative Formulierung verwendet: "Die Möglichkeit des eingetretenen Erfolges darf nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen" ⁵⁾. Der Bundesgerichtshof ⁶⁾ hat sich der Traeger'schen Fassung angeschlossen. Er spricht in einem Urteil ⁷⁾ von "nicht außer aller Erfahrung liegend", im Urteil vom 12. 2. 1963 ⁸⁾; "Insoweit genügt es, daß sich die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht hat." Die Wissenschaft ist mit der Rechtsprechung einig ⁹⁾.

1) Bürgi, op. cit., 67.

2) Moser, op. cit., 140; Arnold Gmür, op. cit., 36/37.

3) RGZ 104, 141, 143, Urteil vom 3. 3. 1922.

4) RGZ 133, 126, 127, Urteil vom 22. 6. 1931; RGZ 142, 383, 388, Urteil vom 13. 12. 1933.

5) RGZ 169, 84, 91, Urteil vom 30. 3. 1942.

6) BGHZ 3, 261, 266 ff., Urteil vom 23. 10. 1951; BGHZ 18, 286, 288, Urteil vom 17. 10. 1955 und BGH NJW 1957, 1475, Urteil vom 2. 7. 1957.

7) NJW 1959, 573, Urteil vom 9. 12. 1958.

8) NJW 1963, 1671.

9) Statt aller: Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 26. Aufl. München und Berlin 1967, Vorbem. 5 c vor § 249 BGB; Enneccerus - Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958, § 15 III 2, 66.

Im schweizerischen Zivilrecht gilt ebenfalls die Adäquanztheorie ¹⁾. Das Bundesgericht allerdings hat früher zwischen den Theorien geschwankt ²⁾. Ganz eindeutig sind die neueren Entscheide des Bundesgerichts ³⁾, welche die Adäquanz beurteilen nach der Eignung, den eingetretenen Erfolg zu bewirken "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung." Das Bundesgericht lehnt sich damit am ehesten an die Formulierung Traegers an ⁴⁾.

Das schweizerische Strafrecht hat sich gleichfalls für die Adäquanztheorie entschieden. Adäquater Kausalzusammenhang liegt vor, wenn die Tat nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet gewesen ist, den Erfolg herbeizuführen ⁵⁾.

- 1) Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 55; Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. Zürich 1956 (Obligationenrecht), § 10 II, 70/71; Oser - Schönenberger, op. cit., Anm. VI 1 d zu Art. 41 OR, RNr. 81; Becker, op. cit., Anm. D III 1 d zu Art. 41 OR, RNr. 30; Arnold Gmür, op. cit., 45 ff.; Bürgi, op. cit., 74 ff. und Guhl, Untersuchungen, 71 ff.
- 2) In BGE 7, 823, 828, Entscheid vom 3.12.1881 wird auf die Voraussehbarkeit abgestellt, in BGE 21 II 804, 806/807, Urteil vom 12.7.1895 auf die Entfernung vom Erfolg, was auf Ortmann hindeutet. Anklänge an die Bedingungstheorie finden sich in BGE 31 II 1, 3/4, Urteil vom 31.1.1905. Die Adäquanztheorie wird verwendet in BGE 33 II 614, 619, Urteil vom 27.12.1907 durch Hinweis auf von Kries, in BGE 33 II 52, 57, Arrêt du 18.1.1907 durch Hinweis auf Rümelin und in BGE 38 II 250, 255, Urteil vom 31.1.1912 durch Hinweis auf Traeger. Im Entscheid vom 13.7.1944 (BGE 70 II 171) ist auf Seite 177 noch von "wesentlicher Ursache" die Rede, was auf Binding hinweist, während auf Seite 178 ausgeführt wird, daß eine immerhin nicht ganz außergewöhnliche Reaktionsweise kein zureichender Grund zur Verneinung des Kausalzusammenhangs ist.
- 3) BGE 80 III 41, 57/58, Urteil vom 11.2.1954; BGE 80 II 338, 343/344, Urteil vom 18.11.1954 und BGE 83 II 409, 411, Urteil vom 19.11.1957. Die "causalité adéquate" prüfen; BGE 77 II 301, 305, Arrêt du 18.12.1951 und BGE 90 II 227, 232, Extrait de l'arrêt du 26.5.1964.
- 4) Bürgi, op. cit., 118, 120; Arnold Gmür, op. cit., 52 ff.
- 5) BGE 73 IV 227, 232, Urteil vom 28.11.1947. Dabei wird zunächst von der Bedingungstheorie als dem "natürlichen Kausalzusammenhang" ausgegangen, BGE 68 IV 16, 19, Urteil vom 25.3.1942 und BGE 91 IV 117, 119, Urteil vom 8.6.1965. Hierzu stellt Hafer (op. cit., § 16 II, 80) jedoch klar, daß die conditio-sine-qua-non-Formel bereits eine rechtliche Beurteilung enthält.

Das Urteil des Bundesgerichts vom 6. 4. 1955 ¹⁾ stellt außerdem auf die Erfahrung des Lebens ab ²⁾. Die Lehre hat sich dem Standpunkt der Rechtsprechung angeschlossen ³⁾.

Das deutsche Strafrecht steht auf dem Boden der Bedingungstheorie. Bemerkenswert ist, daß der deutschen Rechtsprechung und Lehre der Fall der erfolgsqualifizierten Delikte besondere Schwierigkeiten gemacht hat. Da bei diesen für eine vom Verschulden nicht mehr umfaßte Wirkung gehaftet wurde ⁴⁾, stellte es sich heraus, daß die Konsequenzen der Bedingungstheorie untragbar waren. Das Verschulden als Regulativ fiel aus.

Dies führte dazu, für diese Fälle die Adäquanztheorie anzuerkennen ⁵⁾. Dieser

- 1) BGE 81 IV 134, 138; beide Merkmale verwendet das Urteil vom 23. 12. 1965, BGE 91 IV 181, 187.
- 2) Ausdrücklich betont das Bundesgericht, daß sich die Voraussehbarkeit beim rechtlich erheblichen Kausalzusammenhang nach objektiven Gesichtspunkten richtet, BGE 91 IV 117, 120, Urteil vom 8. 7. 1965. Was der Täter voraussehen konnte oder mußte, ist beim Verschulden zu prüfen, BGE 86 IV 153, 156/157, Urteil vom 17. 6. 1960.
- 3) Schwander, op. cit., § 10 III, 69 ff.; RNr. 135 ff.; Hafer, op. cit., § 16 III, 82; O. A. Germann, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 6. Aufl. Zürich 1956, Vorbem. vor Art. 9 ff. StGB; Thormann - von Overbeck, Das schweizerische Strafgesetzbuch, Erster Band, Zürich 1940, Anm. I 1 A zu Art. 9 StGB, RNr. 3.
Entschieden gegen die Adäquanztheorie hat sich Arnold Gmür (op. cit., 101) ausgesprochen, ebenso Roland Gmür (op. cit., passim, insbes. 99 ff.) für die Bedingungstheorie.
- 4) Hans Tarnowski, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, Berlin und Leipzig 1927, 56 (= 122).
- 5) Radbruch, op. cit., 64 ff. (aus der ratio legis); Engisch, op. cit., 69 ff.; Tarnowski, op. cit., 339 (= 405); Frank, op. cit., Anm. III 2 b zu § 1 StGB; LG Heidelberg SüddJZ 1948, 207, Urteil vom 25. 7. 1947.
Das RG und der BGH hielten trotzdem an der Bedingungstheorie fest, RGSt 54, 349, Urteil vom 31. 5. 1920 und BGHSt 1, 332, Urteil vom 28. 9. 1951. Heute ist der Streit überholt durch die Schaffung des § 56 n. F. StGB im Jahre 1953, der bei erfolgsqualifizierten Delikten mindestens Fahrlässigkeit, also Verschulden fordert, BGH NJW 1960, 683, Urteil vom 2. 2. 1960.
Zum Ganzen vgl. Roland Gmür (op. cit., 84 ff.), der die Frage aber nicht entscheidet, ob die Bedingungstheorie auch dann gelten soll, wenn § 56 n. F. StGB nicht existieren würde.

Fall zeigt, zu welchen weitreichenden Folgen die Bedingungstheorie führt, wenn das Filter des Verschuldens fehlt.

5. Die Theorie von der "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs"

Sie wurde zunächst für das Strafrecht ¹⁾ entwickelt. Wenn ein Dritter in die vom Täter gesetzte Ursachenkette eintrat, sprach man von einer "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs". Damit verneinte man die Kausalität der Handlung des Täters für den Erfolg. Hierfür wurde auch der Ausdruck "Bedingungstheorie mit Regressverbot" benutzt, weil der Rückgriff auf die vom Täter gesetzte Ursachenkette "verboten" sein sollte.

Indessen ist die Bezeichnung "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" irreführend; Ein Kausalzusammenhang besteht entweder oder er besteht nicht, unterbrochen werden kann er nicht. Konnte die erste Ursache nicht wirksam werden, weil der Dritte an unabhängig hiervon bestehende Umstände anknüpfte, dann ist ein Kausalzusammenhang zwischen der vom Täter gesetzten 'Ursache' und dem Erfolg nicht gegeben. Die Verantwortlichkeit entfällt. Wird die vom Täter gesetzte Ursache für den Enderfolg wirksam, dann besteht der Kausalzusammenhang auch dann, wenn zusätzlich ein Dritter tätig wird.

Die in beiden Ländern herrschende Lehre ²⁾ und die Rechtsprechung ³⁾ lehnen daher diesen Begriff ab.

Auch im Zivilrecht wurde die Theorie verwendet. Schon von Kries hat sie als unlogisch bezeichnet ⁴⁾. Trotzdem hat sich der Ausdruck eingebürgert ⁵⁾. Insbe-

1) Insbesondere von Frank, op. cit., Anm. II 2 a zu § 1 StGB; Schwander (op. cit., § 10 III 4, RNr. 140) akzeptiert den Ausdruck.

2) Welzel, op. cit., 39; Schönke - Schröder, op. cit., Vorbem. IV 3 vor §§ 1 ff. StGB, RNr. 66/67; Hafer, op. cit., § 16 V, 84; Roland Gmür, op. cit., 67.

3) RGSt 58, 366, 368, Urteil vom 3.11.1924; RGSt 61, 318, 319, Urteil vom 14.6.1927; OLG Braunschweig SüddJZ 1949, 130, 131, Urteil vom 29.8.1947. Die beiden Urteile vom 14.2.1957, BGE 83 IV 35, 38 und vom 20.6.1958, BGE 84 IV 60, 64 verwenden zwar diesen Ausdruck, das Urteil vom 17.6.1960, BGE 86 IV 153, 157, stellt aber klar, daß Inadäquanz gemeint war.

4) Von Kries, op. cit., 210; dazu Bürgi, op. cit., 22 ff.

5) Traeger, op. cit., 177/178; von Tuhr - Siegwart, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, 2. Aufl. Zürich 1942, § 13 I 4, 82 und Arnold Gmür, op. cit., 69.

sondere hat das schweizerische Bundesgericht mit diesem Ausdruck gearbeitet ¹⁾. Da das Verhalten des hinzutretenden Dritten aber "nach der Erfahrung des Lebens in keiner Weise voraussehbar war", ergibt sich hieraus, daß sich die "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" mit der Inadäquanz eines Erfolges deckt ²⁾. Da die Adäquanztheorie auch sonst vom Bundesgericht vertreten wird, ist die Formulierung ohne nachteilige Folgen, obwohl sie theoretische Verwirrung stiftet ³⁾.

Eine erste Kausalreihe ist dann für einen Erfolg nicht kausal, wenn das zweite Ereignis auch allein den Erfolg herbeiführt, und wenn er unabhängig von der ersten "Ursache" eintritt ⁴⁾. Der Begriff der "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" wird daher heute einhellig als verwirrend abgelehnt ⁵⁾.

IV. DIE KAUSALITÄT IM ÖFFENTLICHEN RECHT

1. Die allgemeine Lage

Es erscheint auf den ersten Blick erstaunlich, daß sich in den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts keine allgemeinen Ausführungen zur Frage der Kausalität im Verwaltungsrecht finden ⁶⁾. Bei näherer Betrachtung ist der Grund dafür einzusehen: Im öffentlichen Recht stehen im Vordergrund die Beziehungen zwischen dem Einzelnen und dem Staat insofern, als letzterer sozialgestaltend, planend und ordnend tätig wird. Die Frage des Kausalzusammenhanges taucht jedoch dann auf, wenn es um eine Verantwortlichkeit für ein bestimmtes Verhalten geht. Hiervon konnte aber beim Staat - auf Grund der geschichtlichen Entwicklung - keine Rede sein.

- 1) BGE 10, 530, 533, Entscheid vom 13. 12. 1884 und BGE 12, 587, 590, Urteil vom 10. 12. 1886.
- 2) BGE 48 II 474, 477, Urteil vom 5. 12. 1922; neuerdings dahingestellt in BGE 80 II 338, 345, Urteil vom 18. 11. 1954, im obigen Sinne wieder BGE 91 II 201, 210, Urteil vom 18. 5. 1965.
- 3) Häberlin, op. cit., 35.
- 4) BGH VerwRspr. 6, 553 (= BGHZ 12, 206), Urteil vom 1. 2. 1954.
- 5) Karl Larenz, Tatzurechnung und "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" (Tatzurechnung), NJW 1955, 1009; Enneccerus - Lehmann, op. cit., § 15 III 3, 69; von Büren, op. cit., 75; Becker, op. cit., Anm. D III 5 zu Art. 41 OR, RNr. 34 (diplomatische Formulierung).
- 6) Dies stellt auch Gerhard Wacke (Der Begriff der Verursachung im Polizeirecht (Bedingungslehre), DÖV 1960, 93) fest, ohne nach den Gründen zu fragen.

Die erste "Ausnahme" war in Deutschland das Amtshaftungsrecht. Indessen entschieden über Amtshaftungsansprüche die Zivilgerichte, die dann mit zivilrechtlichen Kausalitätstheorien entschieden, ob die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches vorlagen ¹⁾.

Auf einem Sondergebiet des öffentlichen Rechts beschäftigte man sich früh mit Kausalitätsfragen, weil hier zentrales Problem die Verantwortlichkeit des Staates war. Im Anschluß an Zangger ²⁾ hat Fleiner ³⁾ für das schweizerische Recht auf die bedeutungsvolle Rolle hingewiesen, welche die Kausalität im modernen Verwaltungsrecht spielt. Er macht insbesondere auf die Praxis der Unfallversicherungsgerichte aufmerksam. Das eidgenössische Versicherungsgericht hatte lange keine Stellung zu den Kausalitätstheorien eingenommen ⁴⁾. In neueren Urteilen ⁵⁾ jedoch hat es sich für die Anwendung der Adäquanztheorie im Sozialversicherungsrecht ausgesprochen. Nachdem die Lehre bereits früher die Adäquanztheorie vertreten hatte, befindet sie sich heute in Übereinstimmung hiermit ⁶⁾.

Kausalitätsfragen sind im deutschen öffentlichen Recht ebenfalls zuerst in der Sozialversicherung aufgetaucht. Indessen wurde hier im Anschluß an Binding die The-

- 1) Z.B. RGZ 142, 8, 12/13, Urteil vom 6.10.1933 und RGZ 147, 144, 148, Urteil vom 26.2.1935.
- 2) Heinrich Zangger, Medizin und Recht, Zürich 1920, 226, sowie ders., Aufgaben der kausalen Forschung in Medizin, Technik und Recht, Basel 1936, passim. Er behandelt das Problem vor allem aus praktischer Sicht hinsichtlich der Beweisfragen, ohne zu den Theorien Stellung zu nehmen.
- 3) Fleiner, Kausalitätsprobleme im Verwaltungsrecht, Sonderabdruck aus der Zangger-Festschrift, Zürich 1934 (496 ff.) (KausProbl.), 2.
- 4) Ernst Briner, Zur Frage des Kausalzusammenhangs im Gebiet der obligatorischen Unfallversicherung, ZBJV 79 (1943), 49 ff.; Raoul Morell, Der Kausalbegriff in der Unfallversicherung, Schweiz. Zeitschr. f. Sozialvers. 9 (1965), 16 ff.
- 5) Entscheidungssammlung des eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVGE) 1960, 158, 163, Urteil vom 23.7.1960; EVGE 1960, 260, 265, Urteil vom 19.12.1960 und EVGE 1962, 93, 94, Urteil vom 18.6.1962. Ebenso das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen GVP 1961, 16, 20, Urteil vom 13./27.10.1961.
- 6) Briner, op. cit., 97 ff.; Morell, op. cit., 22 ff.; Alfred Maurer, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. Aufl. Bern 1963, 287 ff. und Oftinger, Haftpflichtrecht, 56 ff.

orie der wesentlichen Bedingung vertreten ¹⁾. Sie hat sich durchgesetzt und gilt heute allgemein ²⁾. Neuerdings ist die Trennung zur Adäquanztheorie zweifelhaft geworden ³⁾. Es herrscht aber weiterhin die Auffassung, daß die Theorie der wesentlichen Bedingung von der Adäquanztheorie verschieden ist ⁴⁾.

2. Die Bedeutung der Kausalität für den Begriff des Verhaltensstörers

Im Gegensatz zum sonstigen öffentlichen Recht war im Polizeirecht die Frage der Kausalität sehr bald Gegenstand der Darstellung. Dies ist verständlich: Ging es doch um die Verantwortlichkeit des Einzelnen dem Staat, der Gesamtheit gegenüber. Solange allerdings die Pflichten des Einzelnen in den Polizeistrafgesetzbüchern festgelegt waren, brauchte man sich um Kausalitätsfragen nicht zu kümmern. War ein Tatbestand erfüllt, dann ging die Polizei gegen den Einzelnen vor. Aber bereits im Jahre 1913 postulierte Jellinek, daß die Polizei sich an den Verursacher der Polizeiwidrigkeit wenden kann ⁵⁾.

Seither besteht im deutschen und schweizerischen Polizeirecht Einigkeit darüber, daß Verhaltensstörer derjenige ist, der die Polizeiwidrigkeit verursacht hat ⁶⁾. In-

- 1) Insbesondere vom Reichsversorgungsgericht, vgl. dazu Helmut Schlegel, Zur Beurteilung des ursächlichen Zusammenhangs bei Dienstunfällen, DVBl. 1962, 8.
- 2) Fritz Haueisen, Die Theorie der wesentlichen Bedingung - eine wichtige Ursachenlehre, JZ 1961, 9 ff.; Schlegel, op. cit., 10; Karl Weishäupl, Die Kausalität in der Kriegsoferversorgung, München und Berlin 1958, passim, insbes. 188 ff.; BVerwGE 7, 48, 49/50, Urteil vom 20. 5. 1958; Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSGE) 1, 254, 256, Urteil vom 14. 10. 1955; BSGE 8, 275, 277, Urteil vom 25. 11. 1958 und BSGE 22, 200, 202 ff., Urteil vom 14. 1. 1965.
- 3) Ausführlich dazu: Schlegel, op. cit., 9 ff.
- 4) BVerwGE 10, 258, 260, Urteil vom 5. 4. 1959 und BSGE 11, 50, 52, Urteil vom 11. 11. 1959. Sehr entschieden in diesem Sinne Hans Joachim Kraemer (Die Kausalität im öffentlichen Recht, NJW 1965, 183 ff.), der die Theorie der wesentlichen Bedingung im gesamten öffentlichen Recht anwenden will.
- 5) Jellinek, Gesetz, 313 ff. Im Anschluß hieran grenzte er negativ ab, wer nicht Verursacher ist, nämlich der Passivbeteiligte, der Inhaber des Hindernisses, des möglichen und des wirklichen Gegenmittels.
- 6) Es sei verwiesen auf Seite 50/51, auf die Formulierung des § 19 Abs. 1 pr PVG (oben Seite 36) und auf § 6 Abs. 1 bw PolG, der lautet: "Droht eine Verlet-

dessen wurden für das Polizeirecht zunächst keine eigenen Kausalitätstheorien entwickelt. Es wurde vielmehr in den Strudel der Auseinandersetzungen zwischen den verschiedenen zivil- und strafrechtlichen Kausalitätstheorien mit hineingearbeitet. Auch heute noch wird bei der Begriffsbestimmung des Verhaltensstörers fast ausschließlich mit den überkommenen Kausalitätstheorien gearbeitet.

V. DIE WANDLUNGEN IN DER BETRACHTUNG DER KAUSALITÄT

1. Im Straf- und Zivilrecht

Nachdem jahrzehntelang um die Geltung der einzelnen Kausalitätstheorien gekämpft worden war, zeichnen sich heute Wandlungen ab, die allerdings schon längere Zeit vorbereitet waren. Radbruch hatte bereits 1902 betont ¹⁾, daß der Ausgangspunkt auch für die Adäquanztheorie die Bedingungstheorie ist. Das Erfordernis der Adäquanz für die erfolgsqualifizierten Delikte im Strafrecht ergibt sich für ihn aus der ratio legis ²⁾. Aber "die Adäquanz ist nicht gewaltsam in den Begriff der Verursachung hineininterpretiert worden . . . Verursachen bedeutet hier dasselbe wie anderswo: eine Bedingung zum Erfolg setzen" ³⁾. Daraus ergibt sich, daß die Adäquanz ein Merkmal ist, das zum erforderlichen Kausalzusammenhang hinzutritt. Tarnowski trennt zwar auf andere Weise ⁴⁾, aber auch er prüft das Erfordernis der Adäquanz getrennt vom Kausalzusammenhang. Ebenso versteht Gmür ⁵⁾ die Adäquanztheorie als einen der ratio legis entsprechenden Weg der Haftungsbeschränkung. Nach allem bleibt festzuhalten, daß von den zi-

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 83

zung von Recht oder Ordnung durch das Verhalten von Personen oder ist durch das Verhalten von Personen ein rechts- oder ordnungswidriger Zustand herbeigeführt worden, so hat die Polizei ihre Maßnahmen gegenüber demjenigen zu treffen, der die Bedrohung oder den Zustand verursacht hat."

- 1) Radbruch, op. cit., 9; dazu oben Seite 76 Anm. 1.
- 2) Op. cit., 64 ff., vgl. oben Seite 79 Anm. 5.
- 3) Op. cit., 66.
- 4) Vgl. näher Tarnowski, op. cit., 227 (= 293) und 339 (= 405). Im Anschluß an Radbruch kommt auch Engisch (op. cit., 72/73) zu dem Ergebnis, daß für die erfolgsqualifizierten Delikte die Adäquanz neben das Merkmal der Verursachung tritt.
- 5) Roland Gmür, op. cit., 85. Er weist insbesondere (a. a. O., 78 ff. und 99 ff.) auf die Zusammenhänge zwischen Adäquanztheorie und Verschulden hin.

tierten Autoren die Adäquanztheorie nicht eigentlich als Kausalitätstheorie verstanden wird.

Eine Parallelentwicklung hat das schweizerische Zivilrecht zu verzeichnen. Schon Guhl machte 1904 Ausführungen ¹⁾, die auf eine Trennung von Adäquanz und Kausalzusammenhang hinweisen: Nur wenn die Folge eine adäquate ist, "dann treten die vom Rechte an das Vorliegen des Kausalzusammenhangs geknüpften Wirkungen, d. h. die Verantwortlichkeit und Haftbarkeit des Schädigers ein." Der Kausalzusammenhang wird also vorausgesetzt, erst im Anschluß daran wird das Vorliegen der Adäquanz geprüft. Auch das Bundesgericht spricht im Urteil vom 30. 10. 1940 ²⁾ davon, daß aus den zahlreichen Ursachen nur ein beschränkter Kreis als haftungsbegründend in Betracht gezogen werden darf. Der Zusammenhang muß noch als rechtserheblicher bezeichnet werden können. Auch wenn in diesem Urteil vordergründig mit der Kausalität argumentiert wird, machen Oser - Schönenberger ³⁾ und Becker ⁴⁾ klar, daß es sich um das Problem der Zurechnung des Erfolges handelt.

Auch im deutschen Zivilrecht wächst die Tendenz, die Adäquanztheorie nicht als Kausalitätstheorie, sondern als Haftungstheorie zu behandeln ⁵⁾. Lindenmaier baut auf Mezgers Gedankengängen ⁶⁾ auf und schreibt ⁷⁾: "Das Prinzip der adäquaten Verursachung ist daher, soweit es eine Beurteilung vorsieht, die über die in der Bedingungslehre geforderten Voraussetzungen hinausgeht, eine in § 242 BGB (Treu und Glauben) ihre Grundlage findende Haftungsbegrenzung." Hieran hat sich der

-
- 1) Guhl, Untersuchungen, 72. Bürgi, auf der Suche nach der Adäquanztheorie, läßt die Frage ausdrücklich offen: "ob wir den so gefundenen Begriff 'Kausalbegriff' nennen wollen, ist eine nebensächliche Erwägung", a. a. O., 17.
 - 2) BGE 66 II 165, 173/174.
 - 3) Oser - Schönenberger, op. cit., Anm. VI 1 c zu Art. 41 OR, RNr. 79.
 - 4) Becker, op. cit., Anm. D III 1 d zu Art. 41 OR, RNr. 25; im gleichen Sinne: Arnold Gmür, op. cit., 140.
 - 5) Zum Ganzen: Heinrich Lange, Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 1956 (1957), 114 ff.
 - 6) Mezger unterscheidet in seiner strafrechtlichen "Relevanztheorie" zwischen der Kausalität und der objektiven Verantwortlichkeit. Zum Kausalzusammenhang muß dessen Relevanz hinzukommen, die sich aus den gesetzlichen Tatbeständen und deren sinngemäßer Auslegung ergibt, vgl. näher Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. Berlin und München 1949 (Lehrbuch), 109 ff., 116, 122 ff. sowie ders., StuB, 69 ff.
 - 7) Lindenmaier, Ursache, 240.

BGH angeschlossen ¹⁾. Von Caemmerer ²⁾ stimmt der Rechtsprechung zu und formuliert weitergehend, daß die Frage nicht aus Adäquanz Gesichtspunkten beantwortet werden kann, sondern allein aus Sinn und Zweck des Schadensersatzes; "Das aber ist das Prinzip, nach dem auch die angeblichen Kausalitätsprobleme zu lösen sind" ³⁾. Larenz arbeitet mit der "Zurechenbarkeit des Kausalzusammenhangs unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit für den Schaden." Er erschließt die Feststellung an, daß die notwendige Begrenzung der zurechenbaren Folgen durch die Adäquanztheorie erfolge, "wenn auch in dem falschen Gewande einer 'Kausalitätstheorie'" ⁴⁾.

Diese Tendenz der Trennung von Kausalität und Adäquanz in den anderen Rechtsgebieten hat auch für das Polizeirecht Auswirkungen.

2. Die Konsequenzen für das Polizeirecht, insbesondere für den Begriff des Verhaltensstörers

Bock hat für das Polizeirecht in Anlehnung an die eben entwickelte Trennung die Meinung vertreten, daß es für die Bestimmung des Verhaltensstörers auf die Frage des Haftungszusammenhangs ankomme ⁵⁾. Dieser hänge von der Interessenlage, dem Sinn und Zweck des betreffenden besonderen Rechtsgebietes ab. Gerade hier-

-
- 1) BGHZ 3, 261, 267, Urteil vom 23.10.1951; BGHZ 18, 286, 288, Urteil vom 17.10.1955 und BGH BB 1963, 203, Urteil vom 8.1.1963; Bei der Adäquanz geht es weniger um eine Frage der Kausalität als um eine wertende Beurteilung mit der die Grenze gefunden werden muß, bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise zugemutet werden kann.
 - 2) Ernst von Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburg im Breisgau 1956, 17.
 - 3) Enneccerus - Lehmann (op. cit., § 15 I, 64) kommen zu einem ähnlichen Ergebnis: Beim juristischen Kausalproblem handle es sich letztlich nicht um Ursache und Wirkung, sondern darum, ob ein bestimmtes Verhalten als zureichender Rechtsgrund für die Anknüpfung von Rechtsfolgen anerkannt werden soll.
 - 4) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. München und Berlin 1964, (SchuR I), § 14 III b, 155 und 156.
 - 5) Bock, op. cit., 14. Wenn Moser (op. cit., 21) dem entgegenhält, daß damit das Problem verschoben wird, so ist das richtig. Die Frage aber ist, ob damit eine sachgerechtere Lösung erzielt wird. Darüber schweigt Moser.

auf geht Bock nicht ein. Die fundamentalen Unterschiede zwischen dem Zivil- und Strafrecht sowie dem Polizeirecht untersucht er nicht ¹⁾.

Immerhin kann dieser Ausgangspunkt als Wegweiser für die Bestimmung des Begriffs des Verhaltensstörers dienen. Bisher wurde im deutschen Polizeirecht fast nur mit den Kausalitätstheorien gearbeitet. Im schweizerischen Polizeirecht hingegen wurde eine Formel geprägt, deren nähere Ausgestaltung und Präzisierung unter Verwendung der deutschen Ansätze hierzu das Hauptanliegen des dritten Teiles sein wird.

1) So stimmt Bock (op. cit., 37) schließlich doch der Adäquanztheorie auch für das Polizeirecht zu.

§ 5 DAS VERURSACHUNGSPRINZIP

Von allgemeiner und grundlegender Bedeutung ist die Frage, ob den Verhaltensstörer ein Verschulden treffen muß, damit er polizeilich in Anspruch genommen werden kann. Dieses Problem ist von der Kausalität scharf zu trennen. Dies trotz der Tatsache, daß die Wahl einer Verursachungstheorie abhängen kann von der Beantwortung der Frage, ob Verschulden erforderlich ist oder nicht.

Vorauszuschicken ist, daß die herrschende Meinung in Deutschland und in der Schweiz kein Verschulden verlangt. Es gilt das Verursachungsprinzip. Indessen wurde und wird die Meinung vertreten, daß für den Verhaltensstörer Verschulden erforderlich ist.

I. DIE ANHÄNGER DES VERSCHULDENSPRINZIPS

Besonders Jellinek tritt für das Verschuldensprinzip im Polizeirecht ein ¹⁾. Nur insoweit, als auch im Zivilrecht eine Verantwortlichkeit ohne Verschulden bestehe, solle das Verursachungsprinzip gelten ²⁾. Er vermutet, daß die Gegenansicht sich an die Entscheidung der Frage beim Zustandsstörer anschließt ³⁾. Außerdem vermißt er jegliche Gerechtigkeit, wenn "gänzlich unschuldige" verantwortlich sein sollen ⁴⁾. Er beruft sich weiterhin auf eine Entscheidung des pr OVG ⁵⁾. Ein Bergungsverein hatte ein gestrandetes Schiff wieder flott gemacht. Beim Abschleppen jedoch lief das Schiff infolge Nebels wiederum fest. Das pr OVG hatte die Verantwortlichkeit des Bergungsvereins verneint, weil ihm "kein Verschulden zur Last fällt". Der Zustand sei "ohne ein Verschulden" des Vereins durch "nicht vorherzusehende und vorhergesehene ... Zufälle verursacht worden. Mit

-
- 1) Jellinek, Gesetz, 312; VR, 444 und ders., Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes, RuPrVBl. 52 (1931), 121 ff. (Kritische Bemerkungen), 122.
 - 2) Ohne eigene Begründung haben sich ihm angeschlossen: Fritz Stier-Somlo, Das Polizeiverwaltungsgesetz, Berlin 1932 (PVG), Anm. 1 zu § 19 pr PVG; Wipprecht, op. cit., 29/30; Wilhelm Holling, Verwaltung und Verwaltungsrecht, Berlin 1948, 21, Ziffer 7 a und Walter Bargatzky, Das neue Polizeirecht, Stuttgart 1949, Übersicht VI B 3.
 - 3) Bei ihm wird kein Verschulden verlangt, vgl. oben Seite 43 und 45. Das billigt auch Jellinek (VR, 444).
 - 4) Jellinek, Kritische Bemerkungen, 122.
 - 5) ProVGE 44, 418 ff., Endurteil vom 19.11.1903.

anderen Worten: Der Kläger (scil. der Verein) ist nicht Urheber des Zustandes" ¹⁾. Jellinek glaubt hieraus entnehmen zu können, daß das pr OVG sich dem Verschuldensprinzip angeschlossen habe.

Das pr OVG hatte bereits in seinem Endurteil vom 4. 1. 1899 ²⁾ klar ausgeführt, daß ursächlicher Zusammenhang erforderlich, aber auch genügend sei. Zu Zweifeln Anlaß gaben das eben zitierte Urteil und die Entscheidung vom 11. 4. 1904 ³⁾, wonach nur derjenige polizeilich verantwortlich sein soll, der die Polizeiwidrigkeit "absichtlich" herbeigeführt hat. Danach hat das pr OVG konstant das Verursachungsprinzip vertreten ⁴⁾.

Die von Jellinek angezogene Entscheidung - die selbst einen Ausnahmefall innerhalb der sonstigen Rechtsprechung des pr OVG darstellt ⁵⁾ - ist ein Beispiel für die unzulässige Vermengung von Schuld und Kausalität. Denn die Äußerungen des pr OVG lassen sich auf die Formel bringen: Weil den Bergungsverein kein Verschulden trifft, hat er nicht verursacht. Hiermit wird der Begriff des Urhebers verwischt. Urheber ist der Verursacher ⁶⁾. Diese Eigenschaft hängt jedoch nicht von einem Verschulden ab, denn dessen Fehlen schließt den Kausalzusammenhang nicht aus. Hätte das pr OVG das Verschuldensprinzip proklamieren wollen, dann hätte es klar von schuldhaftem Verursacher sprechen müssen. Die frühere und spätere Rechtsprechung beweist, daß nicht beabsichtigt war, das Verschuldensprinzip zu vertreten.

Das einer Begriffsverwirrung unterliegende Urteil des pr OVG ist nicht geeignet, die Ansicht Jellineks zu stützen ⁷⁾. Beachtenswert ist weiterhin, daß Jellinek selbst für den Zustandsstörer kein Verschulden fordert ⁸⁾. Warum er den Eigen-

1) A. a. O., 424 und 426.

2) PrOVGE 34, 436, 438.

3) PrVbl. 25 (1903/04), 815, 816; ähnlich PrOVGE 47, 294, 295, Endurteil vom 30. 3. 1905.

4) Z. B.: PrOVGE 67, 308, 310, Urteil vom 12. 3. 1914 und PrOVGE 83, 255, 262/263, Urteil vom 28. 6. 1928.

5) Heinrich Müller (op. cit., 102 Anm. 28) betont ebenfalls, daß es sich um eine Ausnahme der langjährigen Rechtsprechung des pr OVG handelt.

6) Scholz-Forni, Verantwortlichkeit, 19.

7) Das Urteil kann allerdings wichtig sein für die Beantwortung der Frage, welcher Kausalitätstheorie das pr OVG zuneigt. In diesem Sinne: Christian Kerstiens, Zur Kritik des Entwurfes eines Polizeiverwaltungsgesetzes, RuPrVbl. 52 (1931), 310 (Kritik), 311. Darauf kommen wir zurück.

8) Jellinek, VR, 444; RuPrVbl. 52 (1931), 122.

tümer oder tatsächlichen Gewalthaber erheblich schärferer Verantwortlichkeit unterwerfen will, erklärt Jellinek nicht. Mit Recht wird diese Ungerechtigkeit gerügt ¹⁾. Für eine derartige Ungleichbehandlung besteht kein sachlich gerechtfertigter Grund.

Im Gegensatz zu den Autoren, die Jellineks Ansicht ohne Kommentar wiedergeben, vertritt Scholz-Forni teilweise das Verschuldensprinzip mit eigener Begründung. Er macht einen Unterschied zwischen der "Verursachung eines polizeiwidrigen Erfolges durch Verletzung einer besonderen Norm" und einer solchen "Verursachung ohne Verletzung einer besonderen Norm" ²⁾. Im ersten Fall soll lediglich der ursächliche Zusammenhang genügen, im zweiten jedoch soll es auf eine "Vorhersehbarkeit" ³⁾ ankommen.

Warum diese beiden Fälle verschieden behandelt werden sollen, ist nicht einzusehen. Insbesondere würde es von Zufälligkeiten abhängen, ob eine "besondere Norm" nicht vorliegt, und damit eine mildere Verantwortlichkeit mit Berücksichtigung subjektiver Momente Platz greifen würde ⁴⁾.

In neuerer Zeit hat Sonnen das Verschuldensprinzip vertreten. Er überspannt jedoch den Rechtsstaatsgedanken, wenn er glaubt, daß der Schutz des Individuums vor der Polizeigewalt nur dann gewährleistet sei, wenn das Verschuldensprinzip gelte ⁵⁾. Daß dieser Schutz notwendig ist, soll keinesfalls bestritten werden; indessen ist zweifelhaft, ob dieser Schutz auf dem Wege über das Verschulden erreicht werden kann. Gerade unter diesem Gesichtspunkte erwecken die folgenden Ausführungen von Sonnen stärkste Bedenken ⁶⁾. Um zu beweisen, daß die Polizei durch das Erfordernis des Verschuldens nicht gelähmt wird, behauptet er, daß die Polizei selbst in der Lage sei, die Polizeiwidrigkeit genauso schnell zu beseitigen wie der Verursacher. Er fährt fort: "Ist dies geschehen, so ist Zeit genug, um festzustellen, ob ein Verschulden des Verursachers vorliegt und somit seine Ver-

1) Insbesondere von Semle, op. cit., 9.

2) Scholz-Forni, Verantwortlichkeit, 27 und 37 ff.

3) A. a. O., 40. Er versteht die mangelnde Voraussicht als Fahrlässigkeit, also als Verschulden, damit subjektiv. Dem steht nicht entgegen, daß er diese Fahrlässigkeit mit einem objektiven Maßstab messen will (A. a. O., 41).

4) Ebenso Münzel, op. cit., 28/29.

5) Werner Sonnen, Schuld und Haftung im Polizeirecht, Diss. Heidelberg 1949, 33 und 71.

6) Moser (op. cit., 45) schreibt dazu: "Er verkennt die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten".

antwortlichkeit begründet ist" ¹⁾).

Sonnen übersieht bei seiner Argumentation zwei entscheidende Gesichtspunkte:

Zum einen ist es die Aufgabe der Polizei, zunächst selbst zu versuchen, der Polizeiwidrigkeit Herr zu werden. Dieses Erfordernis wurde oben ²⁾ als Subsidiarität der Inanspruchnahme von Personen beschrieben. Kann die Polizei die Polizeiwidrigkeit selbst beseitigen, dann darf ein Dritter überhaupt nicht herangezogen werden.

Zum anderen ist die unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Maßnahme die Zusammenfassung von verschiedenen Stadien: der polizeilichen Verfügung, dem Inaussichtstellen der Vollziehung dieser Verfügung, der Festsetzung des Zwangsmittels und deren Ausführung. Werden diese im Einzelfall zusammengefaßt, und entfällt damit die Schutzfunktion der normalerweise hintereinander geschalteten Maßnahmen, so erhellt daraus, daß dies nur in Ausnahmefällen zulässig ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert, daß die unmittelbare Ausführung einer polizeilichen Maßnahme nur in ganz besonderen Eilfällen und erst in letzter Linie vorgenommen werden darf ³⁾.

II. DIE ANHÄNGER DES VERURSACHUNGSPRINZIPS

Die bisherigen Ausführungen waren der Auseinandersetzung mit den Vertretern des Verschuldensprinzips gewidmet. Damit ist jedoch die Geltung des Verursachungsprinzips noch nicht dargetan.

Zunächst hatten Schultzenstein und Otto Mayer die Geltung des Verursachungsprinzips vertreten. Otto Mayer begründete dies mit der Erkenntnis, daß im Polizeirecht - im Gegensatz zum Strafrecht - kein sittliches Urteil ausgesprochen wird: "Die polizeiliche Verantwortlichmachung rechnet viel äußerlicher" ⁴⁾. Schultzenstein ⁵⁾ verkennt jedoch nicht, daß hierbei Härten auftreten können.

1) Op. cit., 34, wobei diese Feststellung die Gerichte nachträglich treffen könnten.

2) Seite 26/27.

3) OVG Münster VerwRspr. 6, 76, 80 (= NJW 1953, 1367), Bescheid vom 27.1.1953; dies betont ebenfalls § 8 bw PolG.

4) Otto Mayer, VR I, 221.

5) Schultzenstein, Handeln, 21 ff.; Ders., Polizeifähigkeit, 302. Sich ihm anschließend formuliert Bock (op. cit., 25), daß das Polizeirecht immer nur negativ die Verhinderung einer unerlaubten Handlung oder die Beseitigung ihrer Folgen bezweckt, mehr aber nicht.

Diese seien aber von dem betroffenen Einzelnen in Kauf zu nehmen, denn der Schutz der Allgemeinheit durch die Polizei stehe höher.

Auf die Verschiedenheit von Polizeirecht einerseits sowie Straf- und Zivilrecht andererseits gehen Wolff ¹⁾ und von Müller ²⁾ ein und begründen hiermit das Verursachungsprinzip. Kerstiens ³⁾ und Franzen ⁴⁾ gehen von der Entstehungsgeschichte des § 19 pr PVG aus, während von Stechow ⁵⁾ den praktischen Gesichtspunkt ins Feld führt, daß die Polizei - im Gegensatz zur Justiz - gezwungen sei, das Geschehen mehr äußerlich zu beurteilen.

Troitzsch ⁶⁾ ist immerhin der Ansicht, daß "rechtspolitisch in der Aufnahme des Verschuldenserfordernisses eine technische Verfeinerung gelegen hätte." Die Möglichkeit leichter Feststellung des Polizeipflichtigen gibt bei ihm den Ausschlag zugunsten des Verursachungsprinzips.

Sämtliche deutschen Kommentare ⁷⁾ zu den Länderpolizeigesetzen und die über-

- 1) Hans Matthias Wolff, op. cit., 7/8.
- 2) Von Müller, Der Verursachungsbegriff im Polizeirecht, RuPrVB1. 55 (1934), 336 f.
- 3) Kerstiens, Kritik, 311.
- 4) Franzen, op. cit., 241. Selbst Jellinek (Kritische Bemerkungen, 122) gibt zu, daß der - Gesetz gewordene - Entwurf dem Verursachungsprinzip folgt - daß in seinem Verwaltungsrecht von 1948 hierzu auf Seite 444 keine Stellungnahme erfolgt, erklärt sich daraus, daß 1948 nur ein unveränderter Neu- druck der 3. Auflage von 1931 erschien -. Auch Sonnen (op. cit., 63) muß dies einräumen.
- 5) Hans-Joachim von Stechow, Beitrag zur Entwicklungsgeschichte der Polizeipflicht, Diss. Berlin 1942, 51 ff., 59 ff.
- 6) Troitzsch, Polizeipflicht, 22 Anm. 46.
- 7) Altmeyer - De Clerck, Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz, 2. Aufl. Siegburg 1956, Erl. a zu § 22 und Erl. 1 zu § 24 PVG; Georg Berner, Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern, 3. Aufl. München 1965, Anm. 3 zu Art. 9 PAG; König, op. cit., Vorbem. II 2 zu Art. 9 ff. PAG; Müller-Heidelberg - Clauss, op. cit., Erl. 3 a zu § 6 PolG; Reiff, op. cit., Erl. II 1 zu § 6 bw PolG; Rheinwald - Kloesel, Polizeige- setz für das Land Baden-Württemberg, 3. Aufl., Stuttgart 1964, Erl. zu Abs. 1 des § 6 bw PolG; Rietdorf, op. cit., Anm. 6 zu § 16 OBG; Scheer - Tru- bel, op. cit., Erl. C I 1 zu § 19 (pr) PVG; E. E. Schneider, Hessisches Po- lizeigesetz, 2. Aufl. Wiesbaden 1963, Vorbem. 5 vor §§ 11 ff. PolG; Sen- ger - Kurzmann, op. cit., Anm. 3 zu § 17 OBG; Ule - Rasch, op. cit., Erl. A I 2 a zu § 19 (pr) PVG, RNr. 3.

wiegende Mehrheit der deutschen Lehre ¹⁾ bejahen die Geltung des Verursachungsprinzips. Insbesondere Drews - Wacke ²⁾ sehen den wesentlichen Kernpunkt des Polizeirechts schlechthin im Fehlen des Schuldverhältnisses. Die deutsche Rechtsprechung hat nach anfänglichem Schwanken ³⁾ das Erfordernis des Verschuldens

- 1) Behrendt, op. cit., 7 ff.; Eichner, op. cit., 69; Ernst Emmerig, Die Befreiung des Polizeirechts vom strafrechtlichen Denken, bay VBl. 1955, 69 ff., 72; Exner, op. cit., 7; Karl Friedrichs, Polizeiverwaltungsgesetz, Berlin 1932, Erl. 2 zu § 19 pr PVG; Hoffmann, op. cit., 13 ff.; Hurst, op. cit., 49; Jaschkowitz, Kausalität und Verschulden im Polizeirecht, DJZ 1926, 893; Franz W. Jerusalem, Grundriß des Verwaltungsrechts, Frankfurt 1947, 60; Kießling, op. cit., 69; Klausener - Kerstiens - Kempner, op. cit., Erl. IV 2 a zu § 19 pr PVG; Kirchberg, op. cit., 43 und 46 Anm. 1; von Köhler, op. cit., 340; Franz Mayer, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht, München 1958, 240; Moser, op. cit., 47; Münzel, op. cit., 32 ff.; Robert Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Stuttgart 1949, 261; von Normann, op. cit., 26; Peters, VR, 382; Schäfer - Wichards - Wille, Das Polizeiverwaltungsgesetz, Berlin o.J. (1932), Anm. II 1 zu §§ 18 ff. pr PVG; Schiedermair, op. cit., 157; Scupin, Das Polizeirecht, 641; Semle, op. cit., 9; von Turegg - Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl. Berlin 1962, 450 und Hans-Julius Wolff, Verwaltungsrecht III, München und Berlin 1966 (VR III), 60.
- 2) Op. cit., 208. Schon Drews hatte dies in der 1. Auflage (a. a. O., 42) sperrgedruckt betont. Wenn Sonnen (op. cit., 61 ff.) für die Geltung des Verursachungsprinzips in erster Linie Drews verantwortlich machen will, so ist dies nicht richtig, denn lange vor Drews ist das Verursachungsprinzip bereits vertreten worden.
- 3) Für das preußische OVG vgl. oben Seite 89 ff. Hier sei noch auf die einseitige Aus- und Überbewertung durch Sonnen (op. cit., 66 ff.) hingewiesen. Der VGH Baden spricht im Urteil vom 28. 3. 1906, ZBadVerw. 1906, 243, 244, zwar expressis verbis von "Verschulden"; aus dem Zusammenhang ergibt sich indessen, daß dies in Bezug auf Strafgesetze gemeint ist. Eindeutig für die Verursachungstheorie: VGH Baden ZBadVerw 1930, 7, 9, Urteil vom 9. 1. 1929 und VGH Baden ZBadVerw 1936, 148, 151, Urteil vom 18. 3. 1936. Ebenso das sächsische OVG JbsächsOVG 14, 1, 2, Urteil vom 7. 4. 1909; hierzu Curt und Günther von der Mosel, Handwörterbuch des Verwaltungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des sächsischen Landesrechts, 14. Aufl. Leipzig 1938, 2. Band, 460. Das thüringische OVG ist derselben Ansicht im Urteil vom 2. 11. 1932, JbthürOVG 15, 146, 147; dazu ausführlich mit weiteren Nachweisen Kirchberg, op. cit., 154 ff.

verneint und vertritt heute einstimmig das Verursachungsprinzip ¹⁾.

Die schweizerische Literatur ist - im Gegensatz zur deutschen - sogar einstimmig der Ansicht, daß das Verursachungsprinzip für den Verhaltensstörer gilt ²⁾. Die schweizerische Rechtsprechung ³⁾ befindet sich im Einklang mit der Lehre.

Der in Deutschland und der Schweiz herrschenden Meinung ist aus folgenden Gründen zu folgen:

1. Der wesentliche Unterschied zwischen Zivil- und Strafrecht einerseits und dem Polizeirecht andererseits rechtfertigt eine verschiedene Behandlung der Rechtsgebiete ⁴⁾. Im Strafrecht insbesondere kommt es auf ein sittliches Unwerturteil an. Der Täter und seine Gesamtpersönlichkeit stehen hierbei im Vordergrund. Das Strafrecht ist "persönlichkeitsbezogen", die Polizei dagegen ist ausschließlich "ordnungsbezogen" ⁵⁾. Ihr geht es lediglich um den äußeren, tatsächlichen Zustand der Gemeinschaft. Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ist eine äußerliche und damit objektive Aufgabe ⁶⁾. Der alleinige Daseinszweck der bloßen Gefahrabwehr und Störungsbeseitigung verbietet es, auf die subjektive Einstellung des Störers einzugehen, zumal mit der Inanspruchnahme "kein rechtliches oder moralisches Unwerturteil" ⁷⁾ gefällt wird. Würde Verschulden verlangt,

1) OVG Berlin DVBl. 1952, 760 (= NJW 1953, 198), Urteil vom 12.12.1951; BGH VerwRspr. 5, 73, 76, Urteil vom 14.2.1952; OVG Münster VerwRspr. 4, 629 (= OVG 5, 185), Urteil vom 31.1.1952 und DVBl. 1962, 68, Urteil vom 18.4.1961 sowie JZ 1964, 367, Urteil vom 3.10.1963; OVG Koblenz AS Rh-Pf 2, 1, 2, Beschluß der Vollversammlung vom 13.3.1953.

2) Fleiner, KausProbl., 3 vgl. das Zitat oben Seite 69 Anm. 1; Heinrich Müller, op. cit., 102; Heinz Alex Voigt, op. cit., 67/68; Ebnöther, op. cit., 66; Ruck, VR I, 49.

3) BGE 60 I 108, 121 und 124, Urteil vom 23.2.1934 und BGE 91 I 295, 302, Urteil vom 12.3.1965; in anderen Urteilen wird auf die Frage des Verschuldens mit keinem Wort eingegangen, sie hat also keine Bedeutung. So etwa; BGE 67 I 74, 76, Arrêt du 9.5.1941; BGE 63 I 213, 222, Arrêt du 11.6.1937; BGE 57 I 266, 275, Auszug aus dem Urteil vom 10.7.1931 und BGE 91 I 321, 327, Extrait de l'arrêt du 14.12.1965.

Im arrêt du 2.3.1966, BGE 92 I 24 ssv. taucht dazu der Ausdruck 'perturbateur' nicht auf, inhaltlich wird aber die Frage abgehandelt (a. a. O., 33 ssv.), ebenso ohne daß auf ein Verschulden überhaupt eingegangen wird.

4) Fleiner, KausProbl., 3.

5) Emmerig, op. cit., bay VBl. 1955, 71/72.

6) Heinz Alex Voigt, op. cit., 67.

7) Hurst, op. cit., 49.

dann würde die subjektive Seite beachtet. Dies ist bei reiner Ordnungsbewahrung unangebracht. Eine solche verlangt unter Umständen schnelles, wirksames Eingreifen der Polizei, die sich nicht lange mit den möglicherweise schwierigen Fragen des Verschuldens aufhalten kann. Auch die nachträgliche Feststellung des Verschuldens - wie von Sonnen vorgeschlagen - ist kein Ausweg. Denn die Inanspruchnahme kann nicht rückgängig gemacht werden.

Mißverständlich formuliert Voigt ¹⁾: "Fahrlässigkeit genügt auf alle Fälle." Damit wird der Eindruck erweckt, als ob sie auch erforderlich sei. Er stellt aber klar: "Für das polizeiliche Einschreiten spielen subjektive Erwägungen des 'Störers' keine Rolle. Es kann von der Polizei nicht verlangt werden, daß sie die subjektive Individualität des Störenden berücksichtigt." Aus seinen Ausführungen kann man also ein argumentum a fortiori ableiten: Wenn die Polizei schon berechtigt ist, gegen den schuldlos handelnden Störer vorzugehen, dann kann sie erst recht den fahrlässig handelnden in Anspruch nehmen. Somit widerspricht Voigt nicht der herrschenden Auffassung.

2. Schuldunfähige Kinder und Geisteskranke können sich polizeiwidrig verhalten ²⁾. Es geht nicht an, in diesen Fällen ein Eingreifen der Polizei abzulehnen. Der Polizeibeamte muß die Möglichkeit haben, das störende Kind von der Fahrbahn wegzuführen. Ein anderes Ergebnis "würde zu unhaltbaren Folgen führen" ³⁾, ja wäre "unmöglich" ⁴⁾.

3. Die Gerechtigkeit verlangt nicht die Berücksichtigung des Verschuldens. Allerdings ist die Formulierung Wolffs unhaltbar, wenn er schreibt: "Ob sie (scil. die Polizei) dabei gerecht verfährt, ist nebensächlich" (!) ⁵⁾. Vielmehr liegt die Gerechtigkeit darin, daß das subjektive Moment der Vorwerfbarkeit hinter dem öffentlichen Interesse an einer schnellen und durchgreifenden

1) Heinz Alex Voigt, op. cit., 70.

2) Vgl. oben Seite 28/29.

3) Behrendt, op. cit., 12; Hoffmann, op. cit., 8.

4) Semle, op. cit., 10; Wipprecht (op. cit., 30) versucht die Gegenansicht zu retten, indem er Zustandsstörung konstruiert. Es handelt sich aber bei dem auf der Straße spielenden Kinde eindeutig um einen Verhaltensstörer. Die Tatsache, daß aus dem Verhalten einer Person ein polizeiwidriger Zustand entsteht, macht diese nicht zum Zustandsstörer. Dort ist vielmehr erforderlich, daß die Polizeiwidrigkeit vom Zustande einer Sache herrührt. Sonnen (op. cit., 35) behauptet sogar, es liege überhaupt noch keine Polizeiwidrigkeit vor.

5) Hans Matthias Wolff, op. cit., 8.

"Entstörung" ¹⁾ zurückzutreten hat. Außerdem wäre gerade eine unterschiedliche Behandlung gegenüber dem Zustandsstörer nicht gerechtfertigt.

4. Speziell für Deutschland kommt hinzu, daß sich das pr PVG und - ihm folgend - sämtliche Länderpolizeigesetze zur Verursachungstheorie bekannt haben.

III. ZWEI SONDERFÄLLE ALS AUSNAHMEN

1. Das Polizeistrafrecht (Schweiz)

Im Kanton Basel-Stadt gilt das PolStGB vom 23. 9. 1872. Das Polizeistrafrecht ist als mildere Form in das kriminelle Strafrecht eingegliedert in der Gestalt von Polizei-Übertretungen. Daraus ergibt sich, daß insoweit auch das Verschuldensprinzip wie im Strafrecht zu gelten hat. Hafter ²⁾ bemerkt: "Auch die Verwaltungsbehörden haben, wenn sie Strafrecht ausüben, die Schuldfrage zu prüfen." Folgerichtig enthält § 7 des basel-städtischen PolStGB eine Klarstellung, aus der sich durch Umkehrschluß ergibt, daß immerhin Fahrlässigkeit ausreichen kann, diese aber mindestens erforderlich ist ³⁾.

Als Beispiel dient der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. 12. 1932 ⁴⁾: Ein Straßenhändler hatte seinen Stand an einer öffentlichen Straße aufgestellt. Hierdurch bildete sich eine verkehrsstörende Personenansammlung auf Trottoir und Fahrbahn. Aus der Formulierung des Gerichts, es ließe sich nicht feststellen, daß der Straßenhändler schuldhaft die Personenansammlung verursachte, könnte man schließen, es werde das Verschuldensprinzip für das Polizeirecht vertreten. Aus den übrigen Gründen des Entscheides ist jedoch klar ersichtlich, daß nach der angezogenen Vorschrift der Stadt Zürich nur die Ansammlung ver-

1) Hurst, op. cit., 48.

2) Hafter, op. cit., 92.

3) Er lautet: "Polizeiübertretungen sind strafbar, auch wenn sie nur aus Fahrlässigkeit begangen werden, sofern nicht nach Wortlaut oder Sinn des Gesetzes nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist." Hierzu James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, Berlin 1902, 368 Anm. 1 und 371 Anm. 13. Eine ähnliche Vorschrift fand sich in § 12 des bad PolStGB vom 31. 10. 1863.

4) BIZR 32 (1933), 301.

boten und unter Strafe gestellt ist. Es handelt sich daher um Polizeistrafrecht ¹⁾, und das Obergericht des Kantons Zürich hat zu Recht die Frage des Verschuldens geprüft ²⁾.

Wenn das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen im Bescheid vom 30.12.1961 ³⁾ schreibt, daß eine Verschuldensvermutung nicht bestehe, so ist klar, daß Verschulden verlangt wird, dessen Vorliegen aber nach den konkreten Umständen zu beurteilen ist. Hier handelt es sich ebenso um eine Bestimmung des Polizeistrafrechts, nämlich über die Polizeistunde.

Soweit es sich um Polizeistrafrecht handelt ⁴⁾, gilt in der Schweiz das Verschuldensprinzip.

2. Die Auswahl eines Störers (Deutschland)

Oben ⁵⁾ wurde ausgeführt, daß es beim Zusammentreffen von Verhaltens- und Zustandsstörer die richtige Ausübung des Ermessens verlangen kann, den schuldhaft handelnden Störer zuerst zu belangen. Ist dies im Einzelfall der Verhaltensstörer, dann gilt also ausnahmsweise das Verschuldensprinzip. Diese Durchbrechung der Regel bedarf der Rechtfertigung.

- 1) Dies übersieht Heinrich Müller (op. cit., 100 Anm. 24 a. E.), der daher zu Unrecht den Entscheid kritisiert. Vgl. das Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19.10.1954 an die Bezirksgerichte betreffend die Anwendung des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches auf das kantonale Übertretungs- und Verwaltungsstrafverfahren, AGVE 1954, 217.
- 2) Aus obigen Gründen ist die Berufung Jellineks (Gesetz, 312) auf § 120 Ziff. 8 des bad PolStGB ("wer Brücken ... aus Fahrlässigkeit beschädigt") zur Begründung des Verschuldensprinzips im Polizeirecht nicht stichhaltig; hierzu von Stechow, op. cit., 55/56.
- 3) GVP 1961, 152, 153.
- 4) Wie sich auch aus dem auf Seite 97 Anm. 1 zitierten Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Aargau ergibt, wäre es eindeutiger, von Verwaltungsstrafrecht zu sprechen, zumal dann Übereinstimmung mit der deutschen Terminologie bestünde (vgl. Drews - Wacke, op. cit., 115 ff. und 430 ff.). Trotzdem wird hier der Ausdruck Polizeistrafrecht beibehalten, weil in Basel das PolStGB gilt; ebenso Heinz Alex Voigt, op. cit., 64 ff.
- 5) Seite 51.

Kann die Polizei im Müllablage-Fall die Personen, die schuldhaft handeln, als Verhaltensstörer in Anspruch nehmen, dann erscheint es unbillig, wenn sie stattdessen den Eigentümer des Grundstücks als Zustandsstörer zur Beseitigung des Mülls anhält. Denn offensichtlich näher an dem polizeiwidrigen Zustand sind diejenigen, die den Müll - trotz Verbots - abgelagert haben. Es sind also Billigkeitsgesichtspunkte, die hier ausnahmsweise das Verschuldensprinzip zum Zuge kommen lassen ¹⁾.

Allerdings darf diese Berücksichtigung nicht soweit gehen, daß die Polizei in ihrem Einsatz gelähmt wird. Muß die Polizei schnell handeln, und liegt es nicht auf der Hand, wer schuldhaft gehandelt hat, dann kann der Polizei kein Vorwurf daraus entstehen, daß sie sich an den schuldlosen Störer hält. Denn auch er ist polizeipflichtig. Daß sich die Polizei ebenso an den schuldhaft handelnden Störer hätte halten können, ist in solchen Fällen nicht als Ermessensverstoß zu werten ²⁾.

Liegt aber der Fall einfach, und ist besondere Eile auf Grund der Umstände nicht geboten, dann ist die Berücksichtigung des Verschuldens bei der Auswahl unter Billigkeitsgesichtspunkten zu verantworten.

In diesem Falle gilt sonach in Deutschland das Verschuldensprinzip.

1) In diesem Sinne ebenfalls Wipprecht, op. cit., 31.

2) Schiedermaier (op. cit., 158) weist darauf hin, daß dann der Gesichtspunkt, schnell zu handeln, höher steht.

ZWEITER TEIL

DIE BISHERIGEN VERSUCHE, DEN BEGRIFF DES VERHALTENSSTÖRERS ZU DEFINIEREN

§ 6 DIE BEDINGUNGSTHEORIE

I. DER ANSATZPUNKT

Jegliche juristische Erörterung der Problematik der Verursachung muß von der Bedingungstheorie ausgehen ¹⁾. Ursache ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen. Die Versuche zur Eindämmung der Konsequenzen durchziehen das gesamte Recht, wobei von einer Einschränkung der Bedingungstheorie gesprochen wird. Hier soll zunächst dargelegt werden, wozu die Verwendung der reinen Bedingungstheorie bei der Bestimmung des Verhaltensstörers führt.

Den Zugang verschaffen uns für Deutschland das Strafrecht und für die Schweiz die Ansichten von Gmür und Häberlin, die beide die Bedingungstheorie vertreten ²⁾. Im Polizeirecht haben zwei Autoren die Bedingungstheorie vertreten. Buch ³⁾ bestimmt den Urheber ausdrücklich nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ohne Einschränkung. Schultzenstein ⁴⁾ meint, daß "gewichtige Gründe gegen jede Einschränkung" der Kausalität sprechen. Der Schutz der Allgemeinheit vor dem Einzelnen werde sonst erschwert (!).

II. DIE KONSEQUENZEN EINER ANWENDUNG DER BEDINGUNGSTHEORIE

Ein Beispiel führt uns die Sachlage vor Augen: Der Fahrer eines Personenkraftwagens verhält sich im Straßenverkehr verkehrs- und polizeiwidrig und stört damit

- 1) Daher kann den Autoren des Polizeirechts zugestimmt werden, die dies betonen, z. B. Kraemer, op. cit., 186; Wacke, op. cit., 94 und Klaus Vogel, Der Verursachungsbegriff im Polizeirecht, JuS 1961, 91 (VerursBegr.), 92 Anm. 9. Die weiteren Konsequenzen, die sie ziehen, sind allerdings noch auf ihre Stichhaltigkeit hin zu untersuchen.
- 2) Roland Gmür, op. cit., 99 ff.; Häberlin, op. cit., 33 ff.
- 3) Buch, op. cit., 355; dazu Behrendt, op. cit., 8.
- 4) Schultzenstein, Handeln, 25 Anm. 20.

die öffentliche Ordnung ¹⁾. Nach der Bedingungstheorie ist Verursacher dieser Verkehrsstörung jeder Mensch, dessen Verhalten nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß die Verkehrsstörung entfielen. Das sind außer dem Fahrer des Wagens alle diejenigen Personen, ohne deren irgendwie geartete Mitwirkung der PKW nicht zu dieser Zeit und unter diesen Umständen von dem Fahrer gelenkt worden wäre. Alle diese Personen könnten also von der Polizei als Verursacher und Störer in Anspruch genommen werden.

Unter logischen Gesichtspunkten ist hiergegen nichts einzuwenden. Die polizeiwidrige Verkehrsstörung wäre nicht entstanden, wenn der Wagen nicht gebaut, verkauft, repariert und gefahren worden wäre. Gerade die Bedingungstheorie dehnt durch ihre Gleichbehandlung aller Bedingungen die Verantwortlichkeit bis auf weit zurückliegende Ursachen aus ²⁾. Jede menschliche Handlung ist durch viele andere bedingt, so daß die Verantwortlichkeit bis ins Uferlose zurückreicht. Der festgestellte regressus ad infinitum würde im Polizeirecht dazu führen, daß bei der Bestimmung des Verhaltensstörers die "abenteuerlichsten" ³⁾ Kausalverläufe und die unberechenbarsten Entwicklungen einbezogen werden müßten. Die Bedingungstheorie führt über die causae causarum "ins Unendliche" ⁴⁾ zurück und würde zu einem grenzenlosen Begriff des Verhaltensstörers führen.

III. IHR AUSSCHLUSS DURCH DAS VERURSACHUNGSPRINZIP

Die Bedingungstheorie herrscht trotz der geschilderten Folgen im deutschen Strafrecht und wird in der Schweiz von Gmür für das Strafrecht und von Häberlin für

1) Exner (op. cit., 11) und sich ihm anschließend Moser (op. cit., 53 ff.) formulieren das Beispiel so: "Ein Fahrzeug bricht auf einer öffentlichen Straße zusammen und bildet ein verkehrsstörendes Hindernis." Hieraus allein ist nur auf eine Zustandsstörung zu schließen; bei dieser kommt es aber nicht auf eine Verursachung durch einen Menschen an.

Hans Matthias Wolff (op. cit., 9) bringt als Beispiel "auf dem Balkon hängende Wäsche", für die neben der Person, die sie aufgehängt hat, ihre Eltern und "sämtliche Urahnen kausal sind." Nicht ersichtlich ist, worin hierbei die Störung der öffentlichen Ordnung liegen soll.

2) Maximilian von Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch, Leipzig 1894, 69; "Jede Mitwirksamkeit verursacht den Erfolg."

3) Moser, op. cit., 54.

4) Engisch, op. cit., 35.

das Zivilrecht vertreten. Dies hat seinen Grund in folgendem: Sowohl im Straf- als auch im Zivilrecht sind die Erfordernisse der Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld zusätzliche Merkmale, die neben dem Kausalzusammenhang vorliegen müssen, um zu einer Verantwortlichkeit zu führen. Damit wird eine zu weit gehende Ausdehnung der Haftung verhindert.

Gerade diese Möglichkeit besteht im Polizeirecht nicht. Hier entfällt das Verschulden als Begrenzung der Verantwortlichkeit. Die Bedingungstheorie würde damit zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen führen ¹⁾.

Entscheidend ist sonach, daß den Verhaltensstörer kein Verschulden treffen muß. Da es außerdem keine Parallelerscheinungen für Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit - im straf- und zivilrechtlichen Sinne - im Polizeirecht als Filter gibt, muß die Entscheidung gegen die Verwendbarkeit der Bedingungstheorie ausfallen.

Scholz-Forni ²⁾ faßt das Ergebnis in folgendem Satz zusammen: "Niemand wäre auch bei vorsichtigster Betätigung sicher, daß ihn nicht die Verantwortlichkeit für Herbeiführung eines polizeiwidrigen Zustandes treffe."

Die Bedingungstheorie kann also keine brauchbare Begriffsbestimmung des Verhaltensstörers liefern ³⁾.

1) Es hat sich gezeigt, daß selbst im deutschen Strafrecht von der Bedingungstheorie dort abgegangen werden mußte, wo im Einzelfall das Verschulden als Begrenzungsmöglichkeit entfiel, vgl. oben Seite 79 f.

2) Scholz-Forni, Verantwortlichkeit, 25.

3) Ausdrücklich wird die Bedingungstheorie abgelehnt von Münzel, op. cit., 35; Exner, op. cit., 11; Hans Matthias Wolff, op. cit., 9; Bock, op. cit., 32; von Müller, op. cit., 338; Semle, op. cit., 12; Behrendt, op. cit., 8; von Köhler, op. cit., 340; Jaschkowitz, op. cit., 894; Kießling, op. cit., 70; Sonnen, op. cit., 38 und Hans Schneider, JZ 1953, 240, 241.

Da im schweizerischen Recht die Bedingungstheorie nicht vertreten wird, ist es nur folgerichtig, wenn das polizeirechtliche Schrifttum sie übergeht. Daher geht auch Fleiner (KausProbl., 3) nicht auf sie ein.

§ 7 DIE UNBESTIMMTEN THEORIEN

Vor der Behandlung der speziellen Kausalitätstheorien sind diejenigen Meinungen zu würdigen, denen gemeinsam eine Unbestimmtheit in der Ausdrucksweise ist. Sie versuchen nicht, den Verhaltensstörer über eine der Verursachungstheorien in den Griff zu bekommen; vielmehr orientieren sie sich an allgemeinen, unbestimmten Formeln ¹⁾.

I. DIE ENTWICKLUNG AUS DEM "LEBENSKEIS"

Otto Mayer hat für Deutschland die Ansicht vertreten, daß es im Wesen der Polizei liege, gegen denjenigen vorzugehen, "von dem die abzuwehrende Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens ausgeht". Ist dieser Ausdruck schon sehr allgemein, so wird Otto Mayer bei der Antwort auf die Frage, von wem die Störung ausgeht, etwas konkreter. Er schreibt: "Für sie (scil. die Polizei) gilt die Störung als ausgehend von dem, dessen Lebenskreise die Störung entspringt" ²⁾.

Jerusalem und Franz Mayer haben ähnliche Formulierungen gebraucht. So schreibt Jerusalem: "Die Polizei darf sich nur an den Störer der sozialen Lebensordnung wenden" ³⁾. Franz Mayer führt aus: "Störer ... ist daher jeder, der in seinem persönlichen Herrschaftsbereich seiner Verantwortung für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht nachkommt" ⁴⁾. Worin diese Vernachlässigung im persönlichen Herrschaftsbereich liegt, schildert Franz Mayer nicht.

-
- 1) Es ist daher nicht richtig, wenn Hoffmann (op. cit., 22) und Moser (op. cit., 58) von "unbestimmten Kausalitätstheorien" sprechen. Von der Kausalität wird nicht ausgegangen. Dies wird der folgende Text zeigen.
 - 2) Otto Mayer, VR I, 220/221. Offenbar in Anlehnung an ihn formulieren Knauth - Wagner (Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. 6. 1926, Weimar 1927, Anm. 2 a zu § 33): "Störer ist derjenige, dessen Lebenskreis die Störung entspringt"; zustimmend zitiert bei Kirchberg, op. cit., 36 Anm. 2. Er widerspricht sich jedoch selbst: In Anm. 1 vertritt er die Adäquanztheorie und auf Seite 37 die Theorie der ausschlaggebenden Bedingung. Hans Schneider (JZ 1953, 241) führt ebenfalls den "Lebenskreis" an, vertritt aber im übrigen die Adäquanztheorie.
 - 3) Jerusalem, op. cit., 59.
 - 4) Franz Mayer, Eigenständigkeit, 240.

Für die Schweiz vertritt Voigt ¹⁾ ebenfalls diese Meinung: "Es genügt, daß die betreffende Handlung aus dem Lebenskreis des Beklagten ²⁾ hervorgegangen ist." Auch das Bundesgericht führt in seinem Urteil vom 23.2.1934 ³⁾ aus: "... es genügt, daß die Störung ihrem Lebenskreise, ihrem Verhalten entspringt ...". Auch das Bundesgericht geht nicht näher darauf ein, was unter "Lebenskreis" zu verstehen ist.

Die unbestimmte Formel des "Lebenskreises" ist nicht geeignet, eine praktikable Definition des Verhaltensstörers abzugeben. Die zitierten Autoren und das Bundesgericht geben selbst keinen Aufschluß darüber, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Störung in den Lebenskreis einer Person fällt. Herrscht über diese Voraussetzung Unklarheit, bzw. Schweigen, an welche Kriterien soll sich dann der Polizeibeamte im Einzelfall halten? Der Ausdruck "Lebenskreis" ist kein rechtlich faßbarer Begriff ⁴⁾, seine Grenzen schwimmen und hängen zudem von subjektiver Interpretation ab. Notwendig wäre ein eindeutiger Wertungsmaßstab. Ein solcher wird aber von keinem der Autoren gegeben. So kann auch ein sehr geringer und entfernter Erfolgsbeitrag zum "Lebenskreis" gehören; damit käme in Wahrheit die abgelehnte Bedingungstheorie wieder zum Zuge.

Die Wendungen von der "sozialen Lebensordnung" und vom "persönlichen Herrschaftsbereich" kranken an derselben Unbestimmtheit. Mehr läßt sich über beide nicht sagen, als daß die erste vom Standpunkt der Allgemeinheit ausgeht, während die zweite die Frage vom Einzelnen her betrachtet. Der Ausgangspunkt allein ist aber kein verwertbares Kriterium. Außerdem ist "sozial" ein nichtjuristischer Ausdruck, der als Begriff des Gesellschaftlichen der genauen Begrenzung entbehrt. Auch hier fehlen die Maßstäbe, die es der Polizei erlauben würden, in concreto schnell, sicher und eindeutig festzustellen, wer Verhaltensstörer ist, um gegen diesen vorgehen zu können.

II. DIE HERLEITUNG AUS DEM GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISMÄSSIGKEIT

Ein Urteil des schweizerischen Bundesgerichts erweckt den Eindruck, als ob der Begriff des Verhaltensstörers aus diesem Grundsatz abgeleitet würde: "Eine polizeiliche Maßnahme muß nach einem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts

1) Heinz Alex Voigt, op. cit., 71.

2) Warum Voigt diesen zivilprozessualen Ausdruck benutzt, ist nicht ersichtlich.

3) BGE 60 I 108, 124.

4) Scholz-Forni, Verantwortlichkeit, 19 und Bock, op. cit., 18.

den Umständen angepaßt, verhältnismäßig sein. Das ist sie dann, wenn sie sich ... gegen den Störer wendet ..." ¹⁾). Die grammatikalische Auslegung dieses Zitats ergibt, daß die Bestimmung des Störers davon abhängen soll, ob die Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. In diesem Sinne versteht Schaumann ²⁾ das Bundesgericht.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein allgemeiner, der im gesamten öffentlichen Recht gilt ³⁾. Die Bestimmung des Verhaltensstörers ist Voraussetzung für eine polizeiliche Inanspruchnahme. Ist diese Vorbedingung erfüllt, dann richtet sich der anschließende Vollzug der Maßnahme nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Daraus ergibt sich, daß die Bestimmung des Verhaltensstörers nicht von der Einhaltung dieses Grundsatzes abhängen kann.

Schaumann faßt denn auch mit klaren Worten zusammen: "Das Kriterium des Störers ist dabei nicht etwa, wie das Bundesgericht annimmt, ein Anwendungsfall der Verhältnismäßigkeit" ⁴⁾. Er hat sich aber zu einer globalen Formulierung verleiten lassen, welche die sonstige Rechtsprechung des Bundesgerichts außer Betracht läßt. Es zeigt sich hier deutlich, daß die losgelöste Betrachtung eines einzelnen Urteils in die Irre führen kann, und daß allein die grammatikalische Auslegung unter Umständen nicht zum Ziele führt.

Werden nämlich sonstige Urteile des Bundesgerichts herangezogen, dann ergibt sich ein anderes Bild. Im arrêt du 11. 6. 1937 ⁵⁾ steht: "Ces mesures doivent être appropriées, adaptées aux circonstances et dirigées contre ceux qui mettent cet ordre en danger." Dasselbe ist in ähnliche Worte gefaßt in BGE 67 I 74, 76 ⁶⁾: "Toutefois, il faut que ces mesures soient appropriées, adaptées aux circonstances et dirigées au besoin contre les perturbateurs."

Aus diesen Zitaten ergibt sich eindeutig das kumulative Erfordernis, daß die Polizei sich einmal an den Störer zu halten hat und zum anderen hierbei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren hat.

- 1) BGE 85 I 225, 233, Urteil vom 11. 11. 1959.
- 2) Wilfried Schaumann, ZSR 99 (1960), 522 ff., 527 in seiner Anmerkung zu diesem Urteil.
- 3) Giacometti, ALVR, 293; Fleiner, Inst., 402; Heinz Alex Voigt, op. cit., 86 ff. Er bezieht sich auf das Verhältnis des Mittels zum Zweck, näher hierzu Oberle, op. cit., 24 ff. Er bezieht als "Drittfaktor" die individuelle Freiheit des Bürgers ein.
- 4) Schaumann, a. a. O., 527.
- 5) BGE 63 I 213, 222.
- 6) Arrêt du 9. 5. 1941; ebenso BGE 66 I 19, 23, Arrêt du 19. 1. 1940.

Es hat sich gezeigt, daß das Bundesgericht durchgängig eine Begriffsbestimmung des Verhaltensstörers nicht mittels des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vornimmt. Das - allerdings vom Wortlaut her mißverständliche - obiter dictum ¹⁾ im Urteil vom 11. 11. 1959 ist kein Anlaß, hiervon abzugehen und die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts außer acht zu lassen.

Vom Bundesgericht wird also keine weitere unbestimmte Theorie beige-steuert.

Das Gesamtergebnis ist, daß die unbestimmten Theorien sich nicht zu einer Begriffsbestimmung des Verhaltensstörers eignen.

1) Getragen wurde die Entscheidung von der Erwägung, daß im zu entscheidenden Falle eine direkte, anders nicht abwendbare Gefährdung des öffentlichen Verkehrs nicht vorlag, vgl. a. a. O., 233 ff. Es kam daher im Ergebnis auf die obigen Ausführungen nicht an.

§ 8 DIE INDIVIDUALISIERENDEN KAUSALITÄTSTHEORIEN

Es wurde festgestellt, daß diese Theorien weder im Zivil- noch im Strafrecht nennenswerte Bedeutung erringen konnten. Daher überrascht es, daß im Polizeirecht bis heute versucht wird, mit Hilfe dieser Theorien den Verhaltensstörer zu beschreiben. Der Grund hierfür liegt in dem Versuch, bei mehreren handelnden Personen den "Wirkungsanteil" jeder einzelnen zu bestimmen. Liegt darin möglicherweise eine Verselbständigung des Polizeirechts, so verdient der Prüfungsgrundsatz umso größere Beachtung, ob die Polizei schnell, sicher und eindeutig den Verhaltensstörer feststellen kann.

I. DIE THEORIE VON DER AUSSCHLAGGEBENDEN BEDINGUNG

Als erster Vertreter dieser Theorie ist von Müller¹⁾ zu betrachten. Er bemüht sich insbesondere, den Urheber eines polizeiwidrigen Erfolges dann zu bestimmen, wenn zwei oder mehr Kausalitätsketten vorhanden sind. Bei der Erörterung bezieht er sich auf zwei Fälle, die sowohl in der deutschen als auch der schweizerischen²⁾ Literatur allenthalben erörtert werden, wobei die Entscheidung von der vertretenen Meinung abhängt. Beide Fälle können daher von uns als Prüfsteine für die Richtigkeit der jeweils vertretenen Theorie gewertet werden.

Der erste Fall ist einer Entscheidung des pr OVG³⁾ entnommen:

Im Nordseebad Borkum war es in den zwanziger Jahren üblich, daß Kurgäste zu der von der Gemeindekurkapelle gespielten Melodie eines bekannten Marsches das sogenannte Borkumlied sangen. Dessen erste drei Strophen sind harmlos, die vierte aber enthält Schmähungen gegen die Juden. Das Singen des jüdenfeindlichen Textes löste Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aus. Die Polizei verbot mit Verfügung gegen die Gemeinde das weitere Spielen der Melodie durch die Kurkapelle ("Borkumlied-Fall")⁴⁾.

1) Von Müller, op. cit., 334 ff.

2) Fleiner, KausProbl., 4; Heinrich Müller, op. cit., 100; Schmid, op. cit., 46; Heinz Alex Voigt, op. cit., 95 und Hoerni, op. cit., 140 ff.

3) PrOVGE 80, 176 ff., Urteil vom 14. 5. 1925.

4) Dieser Fall wird hier nur deshalb beibehalten, weil mit diesem sehr oft argumentiert wird. Zeitgemäßer - und etwas anders gelagert - ist folgender

Der zweite Fall geht auf Jellinek ¹⁾ zurück und hat viele Varianten. Der Kern ist folgender:

Ein Gewerbetreibender wendet in seinem Schaufenster in einer engen, aber belebten Straße einen ungewöhnlichen Werbetrick an und veranlaßt dadurch die Passanten zum Stehenbleiben. Hierdurch wird die Sicherheit des Verkehrs gestört ("Reklame-Fall").

Im ersten Falle hatte das pr OVG die Polizeiverfügung aufgehoben mit der Begründung, daß es in Willkür ausarten würde, wenn die Polizei "die bekannten und erreichbaren Urheber der Störung völlig unbehelligt lassen und sich an solche Personen halten wollte, die durch ihr Tun als solches die öffentliche Ordnung nicht stören, deren polizeilich an sich nicht zu beanstandendes Handeln vielmehr nur Dritten den Anlaß gibt, ihrerseits solche Störungen herbeizuführen. Gegen diese (scil. die das judenfeindliche Lied singenden Kurgäste) hat die Polizei dann vorzugehen" ²⁾.

Das pr OVG hatte dagegen im Reklame-Fall anders entschieden. Derjenige, der die beweglichen Figuren im Schaufenster ausgestellt hatte, wurde vom pr OVG zum Störer erklärt. Es stützte seine Ansicht darauf, daß "seine Absicht darauf jedenfalls gerichtet war, durch jene Figuren die Schaulust anzuregen, das Stehenbleiben des Publikums vor dem Schaufenster zu veranlassen" ³⁾.

Von Müller billigt die Borkumlied-Entscheidung mit folgender Begründung: "Urheber im polizeilichen Sinne ist derjenige, der die 'ausschlaggebende' Bedingung für das Bestehen einer Gefahr gesetzt hat" ⁴⁾. Im Reklamefall dagegen ist er mit

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 106

Fall: Eine Beat- oder Jazz-Kapelle spielt aufreizende Musik. Es besteht die Gefahr, daß die Zuhörer sich dadurch zu Tätlichkeiten hinreißen lassen ("Beat- oder Jazz-Kapellen-Fall").

- 1) Jellinek, Gesetz, 311 Anm. 37; "Im Schaufenster eines Seifenladens wird ein Negerknabe von einer Frau mit solchem Erfolg gewaschen, daß er sich in einen weißen Knaben verwandelt."
- 2) ProVGE 80, 176, 190.
- 3) ProVGE 40, 216, 217, Bescheid vom 28.10.1901; ähnlich ProVGE 85, 270, 271, Urteil vom 10.10.1929.
- 4) Von Müller, op. cit., 338. Hierbei beruft er sich ausdrücklich auf die Bindingsche Fassung des Kausalitätsbegriffs, im übrigen: "Ob einer der Beteiligten sich für sein Verhalten auf eines der ... Grundrechte berufen kann, ... ist jedenfalls nicht entscheidend."

dem polizeilichen Vorgehen gegen den Kaufmann einverstanden.

Auch Reiff vertritt in seinem Kommentar zum bw PolG die Theorie von der ausschlaggebenden Bedingung. Eine solche soll derjenige hervorgerufen haben, der die polizeiliche "Gefahrengrenze" überschritten hat ¹⁾. Im Borkumlied-Fall sind nur die Kurgäste Störer, während im Reklame-Fall neben den Passanten auch der Gewerbetreibende Störer ist.

In einem weiteren Urteil hat sich das pr OVG zu dieser Theorie bekannt ²⁾. Es ging darum, ob Plakate einer politischen Partei Störungen der öffentlichen Ordnung hervorrufen, und ob die Polizei die Verbreitung der Plakate verbieten kann ("Plakat-Fall"). Das pr OVG lehnt dies mit der Begründung ab, daß "der Verbreitung des Plakats ... eine ausschlaggebende Bedeutung nicht zukommt."

II. DIE THEORIE VON DER WESENTLICHEN BEDINGUNG

Diese überschneidet sich zum großen Teil mit der vorerwähnten Theorie. Von Köhler ³⁾ postuliert als maßgebend, "ob die betreffende Handlung oder Unterlassung in concreto eine wesentliche Bedingung zur Bewirkung des Erfolges gesetzt hat." Die gleiche Ansicht vertreten Kießling ⁴⁾ und neuestens Wolff, wobei sich Kießling in der Begründung an von Köhler anschließt, während Wolff seine Auffassung nicht konsequent durchführt ⁵⁾.

Kraemer ⁶⁾ vertritt die Theorie der wesentlichen Bedingung für das öffentliche Recht allgemein und zur Bestimmung des Verhaltensstörers im besonderen, wobei Kriterium das "Überschreiten der Gefahrengrenze" oder die "Unmittelbarkeit" der

1) Reiff, op. cit., Erl. II 3 zu § 6 bw PolG.

2) PrOVGE 89, 238, 240, Urteil vom 2. 6. 1932.

3) Von Köhler, op. cit., 341.

4) Kießling, op. cit., 70.

5) Hans Julius Wolff, VR III, 60/61. Er bejaht zusätzlich die Adäquanztheorie und die Theorie des unmittelbaren Verhaltens.

6) Kraemer, op. cit., 183 ff., vgl. oben Seite 83 Anm. 4. Seine Stellungnahme zum Borkumlied-Fall findet sich auf Seite 187 in Anm. 60; zum Reklame-Fall nimmt er nicht expressis verbis Stellung, seine Haltung ergibt sich aus der Feststellung, daß der Zweckveranlasser selbst Störer sei, "wenn sein Verhalten zwingend zur Störung durch andere Personen führt."

Verursachung einer Gefahr sein soll. Er billigt sowohl die Borkumlied-Entscheidung als auch die Inanspruchnahme des Kaufmanns.

Das pr OVG sprach im Reklame-Fall davon, "daß die Ausstellung der Figuren nicht nur einen unwesentlichen äußeren Anlaß, sondern gerade die wesentliche Ursache der Ansammlungen gebildet hat" ¹⁾.

III. DIE THEORIE VON DER HAUPTURSACHE

Die enge Verwandtschaft mit obigen Theorien zeigt sich bei deren einzigem Vertreter; Schulz-Schaeffer ²⁾ führt aus: Der Geschäftsinhaber sei "mittelbarer Störer"; diese Eigenschaft hänge davon ab, ob das Verhalten einer Person die "Hauptursache" eines polizeiwidrigen Erfolges darstelle. Schulz-Schaeffer bezeichnet die Schaufensterreklame als Hauptursache. Im Borkumlied-Fall jedoch betrachtet er das Spielen der Melodie durch die Kapelle als Hauptursache. Folglich kann die Polizei auch gegen die Kapelle als "mittelbare Störerin" einschreiten. Kriterium für das Vorliegen einer Hauptursache soll die Absicht sein, eine ausschlaggebende Bedingung zu setzen.

Ferner hat der Regierungsrat des Kantons Aargau auf die Hauptursache abgehoben. Im Entscheid vom 9. 4. 1954 ³⁾ wird ausgeführt: "Eine vernünftige Abwägung der widerstreitenden Interessen verlangt, daß die Behörde nicht aus gesundheitspolizeilichen Gründen gegen ein Bauvorhaben einschreite, wenn die zu verhütenden Folgen für die Nachbarliegenschaft ihre Hauptursache in einem mangelhaften Zustand dieser selbst haben. Vielmehr ist dann nötigenfalls der Eigentümer dieses Grundstücks anzuhalten, die erforderlichen Abhilfemaßnahmen zu treffen."

-
- 1) ProVGE 40, 216, 217, Bescheid vom 28. 10. 1901; ähnliche Formulierungen finden sich in: PrVBl. 18 (1896/97), 316, 317, Entscheidung vom 26. 11. 1896; Mitwirkung in wesentlicher Weise; ProVGE 34, 436, 437, Endurteil vom 4. 11. 1899; wesentliche Ursache; ProVGE 45, 329, 331, Endurteil vom 21. 4. 1904; Beteiligung in irgendwie wesentlichem Maße und ProVGE 72, 277, 286, Urteil vom 28. 11. 1916; Beitrag in wesentlichem Maße.
 - 2) Schulz-Schaeffer, Wer ist polizeirechtlich mittelbarer Störer? NJW 1957, 1910. Er bezieht sich inhaltlich auf Binding, ohne ihn ausdrücklich zu nennen.
 - 3) AGVE 1954, 314.

Der letzte Satz betrifft den Nachbarn als Zustandsstörer. Da der Bauwillige sein Bauprojekt in einer bestimmten Höhe errichten will, ist er möglicherweise Verhaltensstörer. Der Regierungsrat verneint diese Eigenschaft, weil die Hauptursache nicht von ihm gesetzt wird. Verhaltensstörer ist also derjenige, der die Hauptursache für den polizeiwidrigen Erfolg setzt.

In einem "Gaststätten-Fall" ¹⁾ hat das OVG Koblenz zur Theorie der Hauptursache Stellung genommen, letztlich entscheidend war die Theorie jedoch nicht ²⁾.

IV. DIE BRAUCHBARKEIT DIESER THEORIEN

Erforderlich ist, daß die Polizei im Einzelfall die ausschlaggebende oder wesentliche Bedingung oder die Hauptursache ohne Umschweife feststellen kann, um danach den Verhaltensstörer zu belangen. Es ist zuzugeben, daß in einfach und klar gelagerten Fällen diese Feststellung schnell getroffen werden kann. Schwierig wird es jedoch bei verwickelten Sachverhalten, insbesondere dann, wenn mehrere Personen als Verhaltensstörer in Frage kommen.

Hierfür ist eine eingehende Bewertung des Sachverhalts notwendig. Kausalzusammenhänge sind nur an ihren nach außen zu Tage tretenden Wirkungen zu erkennen. Um aber den verursachten Anteil eines Erfolges messen zu können, reicht die Einsicht in den äußeren Kausalablauf nicht aus. Um die innere Wertigkeit und Bedeutungsgröße zu erkennen, bedarf es langer und zeitraubender Nachforschungen. Ein Eingehen auf die Entstehungsweise der Ursachen und die Motivationslage der sie setzenden Personen wäre nötig.

- 1) Diesem liegt normalerweise folgender Sachverhalt zugrunde: Das Lärmen der Gäste in und vor der Gaststätte führt zu einer Störung der öffentlichen Ordnung.
- 2) OVG Koblenz AS Rh-Pf 5, 22, 24, Beschluß vom 22.12.1956: "Mit Recht hat die Polizei gerade in dem Ausschank von stärkeren alkoholischen Getränken an farbige US-Soldaten und deren Anhang eine der Hauptursachen für die Ausschreitungen gesehen." Daß die Gefahren "in erster Linie" von den farbigen Soldaten ausgehen, wird wie folgt begründet: "Sie verlieren im betrunkenen Zustand mehr als die weißen Personen jede Kontrolle über sich selbst und lassen dann ihre sonst vielfach gute Haltung völlig vermissen." Diese Begründung spricht für sich selbst und war zudem überflüssig, weil nach der Ansicht des OVG Koblenz doch die Gastwirte "unmittelbar verantwortlich" und damit Verhaltensstörer waren.

Dies aber erweist sich als für die Polizei nicht durchführbar. Schon für die Bindingsche Formel hat Thyén¹⁾ festgestellt, daß es kein festes Prinzip gibt, wonach die Aussonderung der ausschlaggebenden Bedingung vorgenommen werden könnte. Die Autoren des Polizeirechts versuchen, eine Antwort auf die Frage nach den Merkmalen und der Feststellbarkeit der jeweiligen - als maßgebend angesehen - Bedingung zu geben. Indessen stimmen ihre Antworten erstens nicht überein und zweitens werden sie nicht konsequent durchgeführt. Diese Aussage läßt sich an Hand der unterschiedlichen Beurteilung der beiden Fälle beweisen:

Erstens: Von Müller, Reiff, Kraemer und das pr OVG betrachten im Borkumlied-Fall lediglich die singenden Kurgäste als Verhaltensstörer. Im Gegensatz hierzu sieht Schulz-Schaeffer auch die Kapelle als Störer an. Die ausschlaggebende oder wesentliche Bedingung sollen einerseits nur die Kurgäste setzen, während andererseits die Kapelle die Hauptursache setzen soll? Dieser offene Widerspruch wird von Schulz-Schaeffer nicht erklärt. Nur eine der Antworten kann aber richtig sein.

Zweitens: Im Borkumlied-Fall wird von den zitierten Autoren - unter Zugrundelegung ihrer Theorie - mit Recht die Polizeipflicht der Kurgäste angenommen. Sollte aber auch eine Polizeipflicht der Kapelle in Betracht kommen, dann wäre eine solche mit Hilfe der Theorien nicht zu begründen. Für eine solche Verantwortlichkeit sprechen einige Gesichtspunkte, die sich bereits aus dem Urteil des pr OVG selbst ergeben²⁾. Diese durchaus nicht von der Hand zu weisende Polizeipflicht der Kapelle veranlaßt auch Schulz-Schaeffer, sie als Verhaltensstörer anzusehen. Seine Begründung kann indes nicht überzeugen. Es ist für ihn unzweifelhaft, daß die Kurgäste Verhaltensstörer sind. Daneben soll die Hauptursache

1) Thyén, op. cit., 69 und 91. Traeger (op. cit., 81) kommt zu dem Ergebnis, daß wegen mangelnder Präzisierung die Theorie auf die Bedingungstheorie hinausläuft.

2) Die vierte Strophe des Liedes enthielt antisemitische Äußerungen. Außerdem wurde der Marsch nur als Borkumlied gespielt. Der Gemeinderat hatte das Lied in das Repertoire der Kapelle aufgenommen mit der Begründung, daß wegen des Nichtspielens die Kurgäste "ausbleiben, bzw. nicht wieder kommen würden" (PrOVGE 80, 178).

Es war keineswegs so, wie auch Heinz Alex Voigt (op. cit., 95 Anm. 7) den Fall schildert: "In Konzerten spielt die Musikkapelle die Melodie eines bekannten Liedes mit völlig harmlosem Text. Da kommen Zuhörer und singen zur Melodie statt des ursprünglichen Textes einen anderen, um damit einen Teil der Bevölkerung zu beschimpfen." Derartige Fälle mag es geben, der Borkumlied-Fall gehört indessen nicht dazu.

von der Kapelle gesetzt werden. Die singenden Kurgäste sind damit "Nebenursache", denn mehr als eine Hauptursache ist logisch nicht denkbar. Das aber ist nach seiner Theorie ausgeschlossen, denn von deren Polizeipflicht geht er aus.

Für den Reklame-Fall ist die Lage für alle Autoren gleich. Der Aussteller wird als Verhaltensstörer verantwortlich gemacht. Er setzt nach ihrer Ansicht die ausschlaggebende oder wesentliche Bedingung. Der Fall liegt aber insoweit nicht anders als der Borkumlied-Fall, als die Passanten ebenso wie die Kurgäste den "Ausschlag" geben. Die Passanten, die vor der Reklame stehen bleiben, tragen wesentlicher und eigentlich ausschlaggebend zum Erfolg bei. Das Verhalten des Kaufmanns ist dabei nur Voraussetzung. Bei einer Wertung des Sachverhalts - wie sie die Theorien verlangen - ist die Polizeipflicht des Ausstellers nicht zu begründen.

Daher führen von Müller, Schulz-Schaeffer, Kraemer und das pr OVG ein neues Merkmal ein, um den Gewerbetreibenden zum Verhaltensstörer zu stempeln. Von Müller beruft sich auf die Absicht, die Aufmerksamkeit der Passanten auf sich zu lenken. Nach Schulz-Schaeffer ist die Absicht maßgebend, eine ausschlaggebende Bedingung zu setzen. Kraemer geht ebenso von der Richtigkeit der Konstruktion des Zweckveranlassers aus. Dieses Merkmal ist ein subjektives. Das Polizeirecht aber nimmt gerade keine Rücksicht auf subjektive Vorstellungen. Überdies gehört diese Argumentation systematisch zur Theorie vom unmittelbaren Verhalten¹⁾. Die Anhänger der individualisierenden Theorien verlassen diese, wenn sie auf die Absicht abstellen.

Sonach führen weder die Theorie von der ausschlaggebenden Bedingung, noch die Theorie von der wesentlichen Bedingung, noch die Theorie von der Hauptursache zu einem praktikablen und klar umgrenzten Begriff des Verhaltensstörers.

V. DIE THEORIE VON DER LETZTEN BEDINGUNG

Diese Theorie hat zuerst von Normann vertreten; Die Feststellung eines Punktes innerhalb einer Kausalreihe sei willkürlich und damit unzulässig. Von allen Ursachen soll sich nur die zeitlich letzte abheben. Daher lautet sein Ergebnis:

-
- 1) Daher soll sie unten § 9 III auf ihre Stichhaltigkeit hin untersucht werden. Dasselbe gilt von dem Begriff der "Gefahrengrenze", der von Reiff und von Müller zu Hilfe genommen wird, ebenso von der "Unmittelbarkeit der Verursachung", auf die sich Kraemer zusätzlich stützt.

"Verursacher im Sinne des Polizeirechtes ist, wer ... die letzte Bedingung gesetzt hat" ¹⁾. Bezüglich des Reklame-Falles führt er aus, daß der Ladeninhaber der Polizei streng genommen nicht haften würde, da er nicht die letzte Ursache gesetzt habe. Indessen bejaht von Normann dessen Verantwortlichkeit mit dem Bilde des Zweckveranlassers und folgender Begründung: "Es ist offenbar, daß sich in diesen Fällen der Veranlasser dem Anstifter stark nähert ²⁾". Franzen ³⁾ betrachtet ebenso denjenigen als Verursacher, der die letzte Bedingung für die Polizeiwidrigkeit herbeiführt.

Beide erwähnen nicht, daß sie eine individualisierende Theorie vertreten. Die Theorie der letzten Bedingung überträgt jedoch die für das Strafrecht entwickelte Theorie Ortmanns in das Polizeirecht. Für diesen ist Ursache nur die letzte Erfolgsbedingung unter Ausschluß der vorangegangenen.

Hoffmann beruft sich ausdrücklich auf die individualisierenden Theorien ⁴⁾. Er kommt zu dem Ergebnis: "Verursacher im Polizeirecht ist, wer die letzte, den polizeiwidrigen Zustand unmittelbar auslösende Bedingung durch Handeln oder Unterlassen gesetzt hat" ⁵⁾, wobei er ausdrücklich darauf hinweist, daß es sich um die zeitlich letzte handelt.

Im Borkumlied-Fall sind nach seiner Auffassung die Kurgäste Verursacher, da sie die letzte Bedingung der Störung gesetzt hätten ⁶⁾. Aber auch die Kapelle sei Verursacherin, weil sie die letzte Bedingung der Gefahr für die öffentliche Ordnung gesetzt habe. Für den Reklame-Fall unterscheidet Hoffmann ebenso zwischen Störung und Gefahr. Die Passanten setzten die letzte Bedingung für die Störung und der Aussteller die letzte Bedingung für die Gefahr.

In der Rechtsprechung hat bisher ausschließlich ⁷⁾

- 1) Von Normann, op. cit., 22.
- 2) Op. cit., 34/35. Beim Zweckveranlasser liege eine Art genereller Anstifterung vor. Außerdem müsse die Haftung des Verursachers wie im bürgerlichen Recht auf den Anstifter ausgedehnt werden.
- 3) Franzen, op. cit., 236 und 238. An anderen Stellen (op. cit., 101, 164 und 167) bejaht er aber die Adäquanztheorie.
- 4) Hoffmann, op. cit., 22, 26 ff.
- 5) Hoffmann, op. cit., 58.
- 6) Op. cit., 66.
- 7) Abgesehen von einem kurzen Hinweis im Urteil des württ.-bad VGH vom 13. 4. 1950, DVBl. 1950, 475: "Bei Entstehung einer Polizeiwidrigkeit durch Zusammenwirken zweier Störer hat sich die Polizei an den zweiten Störer zu halten; vgl. oben Seite 51, Anm. 2.

das OVG Lüneburg¹⁾ die Theorie von der letzten Bedingung vertreten. Es handelte sich um das Verbot von Verkauf von Feuerwerkskörpern an Jugendliche. Durch das Abbrennen der Feuerwerkskörper wurde die öffentliche Ordnung gestört. Die Inhaber der Verkaufsgeschäfte waren nach der Ansicht des OVG Lüneburg Verhaltensstörer, da sie die letzte Bedingung für die Polizeiwidrigkeit gesetzt hätten: "Als letzte Verursachung muß diejenige gelten, hinter der es weder der Polizeibehörde noch den polizeipflichtigen Aufsichtspersonen tatsächlich möglich ist, der Gefahr zu begegnen"²⁾.

Im Gegensatz zu den anderen individualisierenden Theorien kann der hier zu prüfenden ein Vorwurf nicht gemacht werden: Im Regelfalle macht es der Polizei keine Schwierigkeiten, die letzte Bedingung festzustellen. Je näher eine Ursache zeitlich am Erfolg ist, desto einfacher ist sie zu erkennen.

Jedoch ergeben sich Bedenken gegen die Theorie aus dem alleinigen Abstellen auf den rein zeitlichen Ablauf. Führen zwei Personen - kurz hintereinander handelnd - einen polizeiwidrigen Erfolg herbei, dann kann von der Polizei nur der letztere in Anspruch genommen werden. Die letzte Bedingung wird isoliert betrachtet und aus dem Kausalzusammenhang herausgerissen, auf dem sie doch aufbaut und dessen letzte Station sie lediglich ist. Es kann eine reine Zufallsentscheidung sein, wer als Letzthandelnder in Anspruch genommen wird. Dies führt außerdem zu Ergebnissen, die nicht zu billigen sind³⁾.

Das zeigt sich insbesondere an den beiden Fällen. Von Normann wäre bei konsequenter Durchführung seiner Theorie gezwungen, die Verhaltensstörer-Eigenschaft des Ausstellers zu verneinen. Dieses Ergebnis versucht er dadurch zu vermeiden, daß er sich ersatzweise auf das Straf- und Zivilrecht beruft. Abgesehen davon, daß der Begriff der Anstiftung Vorsatz voraussetzt, verläßt von Normann damit seine Theorie; denn maßgebend ist nach ihm im Reklame-Fall im Ergebnis gerade nicht die letzte Bedingung.

Dasselbe gilt für Hoffmann und das OVG Lüneburg. Betrachtet man den Borkunlied-Fall und den Reklame-Fall nach dem zeitlichen Kausalverlauf, so ergibt

1) OVG Lüneburg DVBl. 1957, 138 (= OVGE 11, 292 = VerwRspr. 9, 484), Urteil vom 10. 7. 1956.

2) VerwRspr. 9, 487.

3) Semle, op. cit., 13: "Es wäre äußerst ungerecht, wenn das in vielen Fällen vollständig harmlose letzte Verhalten für alles Vorhergehende die Haftung herbeiführen würde." Maurach, op. cit., 164: "Es ist der sprichwörtlich Letzte, der von den Hunden gebissen wird."

sich für beide, daß die letzte, den polizeiwidrigen Erfolg auslösende Bedingung das Verhalten der Kurgäste bzw. der Passanten ist. Zu dem Verhalten der Kapelle bzw. des Gewerbetreibenden muß noch das Verhalten dieser Personen hinzukommen. Erstere haben nur eine Bedingung für das weitere Verhalten der Personen gesetzt. Das OVG Lüneburg konstruiert an der Wirklichkeit vorbei: Die zeitlich letzte Bedingung setzen die Jugendlichen durch das Abbrennen der Feuerwerkskörper; die Verkäufer können eine solche nicht setzen.

Hoffmann versucht einen Ausweg zu finden über das Setzen der letzten Bedingung einer Gefährdung, während die letzte Bedingung der Störung die Passanten setzen sollen. Das würde aber bedeuten, daß der Aussteller schon dann Verhaltensstörer ist, wenn er die ungewöhnliche Reklame ausstellt, ohne daß Passanten die Störung der Sicherheit des Verkehrs herbeigeführt hätten ¹⁾. Diese Situation allein ist aber nicht das Wesensmerkmal des Reklame-Falles.

Es hat sich gezeigt, daß eine logische und konsequente Durchführung der Theorie von der letzten Bedingung zwar zu eindeutigen, aber nicht brauchbaren Ergebnissen führt. Diese Tatsache hat auch deren Vertreter veranlaßt, Modifikationen vorzunehmen. Diese führen dazu, daß die "letzte" Bedingung einen ganz anderen Inhalt bekommt und von der Theorie "nur noch der Name übrig bleibt" ²⁾.

Allen individualisierenden Theorien ist somit gemeinsam, daß sie zu einer Begriffsbestimmung des Verhaltensstörers nicht zu verwenden sind.

1) Hurst (op. cit., 86) hat zutreffend hierauf hingewiesen und die Konstruktion des "Gefährdungsverursachers" abgelehnt.

2) Moser, op. cit., 96.

§ 9 DIE THEORIE VOM UNMITTELBAREN VERHALTEN

Viele Autoren des deutschen und schweizerischen Rechts sowie zahlreiche Verwaltungsgerichte bezeichnen denjenigen als Verhaltensstörer, der durch sein unmittelbares Verhalten den polizeiwidrigen Erfolg verursacht hat ¹⁾. Hierbei zeigt sich eine Verwandtschaft mit den individualisierenden Theorien, weil die Anhänger vorliegender Theorie ebenfalls aus den unzähligen Bedingungen eine herausgreifen. Bemerkenswert ist, daß es im Straf- und Zivilrecht keine Parallelen gibt. Es handelt sich um eine eigenständige Schöpfung des Polizeirechts.

I. DIE URSPRÜNGLICHE THEORIE

In der deutschen Wissenschaft wird die Theorie zunächst von Schäfer - Wichards - Wille vertreten. Sie definieren: "Nur der ist Störer der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der sie durch sein Tun oder Unterlassen unmittelbar gefährdet" ²⁾. Dies gelte auch für den Fall, daß eine polizeiliche Gefahr durch eine Kette von Handlungen verursacht wird. Störer sind dann nur diejenigen Personen, deren Handlungen die Gefahr unmittelbar existent werden ließen. Wenn daher Demonstranten eine ordentliche Kundgebung stören, dann sind Störer lediglich die Andersgesinnten, da nur jene die Polizeiwidrigkeit unmittelbar herbeiführen ("Demonstranten-", bzw. Gegendemonstranten-Fall").

Wolff ist der Ansicht, daß es der Aufgabe der Polizei entspricht, welche Ursache sich bei objektiver Betrachtung als unmittelbare Gefahrquelle darstellt ³⁾.

Drews ⁴⁾ meint, daß nur solches Handeln oder Unterlassen, das die öffentliche

1) Ule - Rasch (op. cit., Erl. A I 2 b zu § 19 (pr) PVG, RNr. 8) kommen daher zu der Aussage, daß diese Theorie die herrschende sei. Dieser Satz geht zu weit, wie das Folgende zeigen wird.

2) Schäfer - Wichards - Wille, op. cit., Anm. II 1 zu §§ 18 ff. pr PVG; sich anschließend: Karl Schäfer, Das Polizeiverwaltungsgesetz, 11. Aufl. Berlin 1944, Anm. 2 zu § 19 pr PVG.

3) Hans Matthias Wolff, op. cit., 10.

4) Drews, op. cit., 43. Ebenso äußern sich Drews - Lassar (Das preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931, 22. Aufl., 11. Bearbeitung Berlin 1932, Anm. 2 zu § 19 pr PVG) wobei aber zum Ausdruck gebracht wird, daß bei ungewöhnlichem Zusammenhang, der nach der Lebenserfahrung nicht in Betracht komme, keine Verursachung vorliege. Außerdem wird mehrmals auf die "Wahrscheinlichkeit" abgehoben. Beides sind Hin-

Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefährdet, den Handelnden zum Störer mache. Wacke hat sich in der sechsten ¹⁾ und in der siebten Auflage ebenso entschieden. Dort führt er aus: "Nur solches Handeln oder Unterlassen, das die öffentliche Sicherheit oder Ordnung selbst unmittelbar gefährdet, macht den Handelnden zum Störer" ²⁾.

Zum Maßstab für die Unmittelbarkeit macht er folgende Merkmale: "Nur solche Handlungen kommen ... als polizeirechtlich erhebliche Ursachen in Betracht, die bereits selbst die Grenze zur Gefahr überschritten haben. Mit anderen Worten: nur derjenige ist polizeirechtlich 'Störer', dessen Verhalten schon selbst unmittelbar die Gefahr gesetzt hat; entferntere, lediglich mittelbare Verursachungen scheiden also aus" ³⁾. Den Borkumlied-Fall entscheidet er in Übereinstimmung mit dem pr OVG. Die letzte Handlung lasse erst jetzt die Gefahr existent werden, durch sie werde erst die Gefahrengrenze überschritten.

Der Theorie der unmittelbaren Verursachung haben sich weiterhin angeschlossen: Franz Mayer ⁴⁾, Samper ⁵⁾, von Turegg - Kraus ⁶⁾ und Vogel ⁷⁾.

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 116

weise auf die Adäquanztheorie. Er findet sich noch bei anderen Autoren, welche die Adäquanz mit dem Maßstab der Unmittelbarkeit verwenden wollen, so bei Scheer - Trubel, op. cit., Erl. C I 2 zu § 19 (pr) PVG; Werner Gobrecht, Polizeirecht des Landes Berlin, Hamburg 1959, Anm. zu § 19 (pr) PVG; Hans Janberg, Die Rechtmäßigkeit polizeilichen Einschreitens gegen verkehrsstörende Schaufensterreklame, RVerwBl. 1935, 234; Senger - Kurzmann, op. cit., Anm. 2 und 5 zu § 17 OBG; Schiedermaier, op. cit., 155/156; Müller-Heidelberg - Clauss, op. cit., Erl. 1 zu § 6 PolG und Rietdorf, op. cit., Anm. 6 zu § 16 OBG. Von diesen Autoren werden zwei Theorien miteinander vermischt, die nicht zusammengehören. Hierauf wird zurückzukommen sein.

- 1) Drews - Wacke, op. cit., 6. Aufl. 1952, 85/86.
- 2) Drews - Wacke, op. cit., 7. Aufl. 1961, 220 ff., 228.
- 3) Op. cit., 223. Inhaltlich übereinstimmend; Wacke, op. cit., 93 ff.
- 4) Franz Mayer, Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, in: Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl. München 1964, 382 ff. (Recht), 371: Störer sei derjenige, der die Gefahr so intensiviert (aktualisiert), daß ein Einschreiten der Polizei erforderlich ist.
- 5) Rudolf Samper, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz, München 1965, Anm. IV zu Art. 9 PAG, RNr. 12 ff.
- 6) Von Turegg - Kraus, op. cit., 450/451.
- 7) Klaus Vogel, Der Verwaltungsrechtsfall, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1961 (VerwR), 72; ders., VerursBegr., 92 Anm. 9. Ferner wird verwiesen auf die

Die deutsche Rechtsprechung betont - soweit sie die Theorie vertritt - das Erfordernis der Unmittelbarkeit entweder ausdrücklich oder mit Formulierungen, die auf dieses Verlangen schließen lassen.

Im Endurteil des pr OVG vom 18. 12. 1896 ¹⁾ ist dieser Grundsatz erkennbar formuliert: Eine Versammlung der Heilsarmee dürfe nicht deshalb verboten werden, weil sie Anlaß zu Verkehrs- und Ruhestörungen gebe, "andernfalls müßten zahlreiche, an sich vollkommen zulässige Handlungen und Vorgänge im täglichen Leben von der Polizei lediglich aus dem Grunde untersagt werden können, weil sie die Neugierde und Schaulust und deshalb eine Ansammlung des Publikums zu erregen pflegen, und weil der rohere Teil des letzteren daraus Anlaß nehmen kann, seine Skandalsucht zu befriedigen." Die Polizei hat sich also an das unmittelbar störende Publikum zu halten ("Heilsarmee-Fall").

Einen Demonstranten-Fall behandelt das pr OVG im Urteil vom 18. 1. 1923 ²⁾. Es war verboten worden, auf einer Kundgebung schwarz-weiß-rote Fahnen mitzuführen. Dieses Verbot wurde aufgehoben mit der Begründung, daß unmittelbare Störer nur die Demonstranten seien, welche die berechnete Kundgebung störten.

Der Theorie vom unmittelbaren Verhalten haben sich andere deutsche Gerichte angeschlossen ³⁾.

Fortsetzung der Fußnote 7) von Seite 117

Vertreter der individualisierenden Theorien für den Begriff der Gefahren-
grenze, vgl. oben Seite 112 Anm. 1.

- 1) PrOVGE 31, 409, 411; ebenso PrOVGE 50, 370, 373, Endurteil vom 14. 3. 1907 (Kinematographentheater); PrVBl. 36 (1914/15), 842, Entscheidung vom 6. 3. 1913 (Karussell) und PrVBl. 37 (1915/16) 105, Urteil vom 25. 2. 1915 (Luftschaukel).
- 2) PrOVGE 78, 261, 266. Der Borkumlied-Fall gehört ebenfalls hierher, weil die Kurgäste sinngemäß unmittelbare Störer sind. Das pr OVG behauptet im Urteil vom 25. 11. 1937, PrOVGE 103, 130, 141: "Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ist nur derjenige Störer der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des § 19 PVG, der diese unmittelbar gefährdet." Die Auswertung der Rechtsprechung des pr OVG hat indessen ergeben, daß diese Formulierung zu weit geht. Drews - Wacke (op. cit., 223) schreiben jedoch, dieser Satz sei "eindeutig zur Herrschaft" gelangt.
- 3) In älterer Zeit: In einem Gaststätten-Fall hält das sächs. OVG ein Vorgehen gegen den Gastwirt für unzulässig, weil unmittelbarer Störer das Publikum sei (IbsächsOVG 4, 66, 68, Urteil vom 17. 1. 1903). Der VGH Baden hat auf die unmittelbare Gefahrquelle abgehoben (ZBadVerw 1934, 75, 78,

Das Urteil des württ-bad BGH vom 15.9.1949 ¹⁾ führt für den Fall, daß sich Gegner von Damenringkämpfen zusammenrotten, aus: "So ist es Aufgabe der Polizei, gegen diese Störer einzuschreiten, und nicht, sich die Sache bequem zu machen und unbesehen die Aufführungen zu verbieten, die Anlaß zu solchen Störungen von außen geben könnten. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Aufführungen selbst begründeten Anlaß zum Einschreiten der Polizei geben." ²⁾

Auf die Unmittelbarkeit der Gefährdung stellt ausdrücklich das OVG Münster im Urteil vom 31.1.1952 ³⁾ ab; ebenso im Urteil vom 19.12.1958 ⁴⁾: "Es ist nicht schon derjenige Verursacher im Sinne des Ordnungsrechts, der in irgendeiner Weise mittelbar zum Entstehen einer Gefahrenlage beigetragen hat, sondern es kommt darauf an, ob sein Verhalten eine unmittelbare Voraussetzung für das ordnungswidrige Verhalten Dritter ist."

Zur schweizerischen Wissenschaft ist vorab zu bemerken, daß für alle Autoren die "Unmittelbarkeit" ein zusätzliches Merkmal ⁵⁾ für die Bestimmung des Verhaltensstörers ist.

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 118

Urteil vom 20.9.1933). Der württ VGH billigt nur das Vorgehen gegen die Demonstranten, wenn es anläßlich von lutherfeindlichen Vorträgen zu Tumulten kommt, nicht aber gegen den Redner (WürttZRV 1930, 178, 180, Urteil vom 1.10.1930, ("Redner-Fall"). Weil es sich jedoch um einen polizeilichen Notstand gehandelt haben soll, wird im Ergebnis das Vorgehen gegen den Redner gutgeheißen, vgl. ausführlich Semle (op. cit., 38 ff.), der die Entscheidung kritisiert.

- 1) NJW 1949, 919 (= VerwRspr. 2, 71). Ein weiterer Demonstranten-Fall lag dem Beschluß des württ-bad VGH vom 12.11.1953, ESVGH 3, 154, 155/156, zugrunde. Er hob das Verbot einer Versammlung der "deutsch-sowjetischen Gesellschaft" auf. Störer seien diejenigen, die den Lärm verursachten und dadurch den ordnungsmäßigen Ablauf der Versammlung zu stören trachten.
- 2) Dies wurde verneint, weil Damenringkämpfe zwar "in hohem Maße geschmacklos" seien, es aber nicht Aufgabe der Polizei sei, hiergegen einzuschreiten. Das dürfe sie erst bei Verletzung der Sittlichkeit.
- 3) VerwRspr. 4, 629, 631 (= OVG 5, 185).
- 4) DVBl. 1959, 473 (= OVG 14, 265). Verwiesen sei ferner auf den Gaststätten-Fall des OVG Koblenz, Beschluß vom 22.2.1956, AS Rh-Pf 5, 22, 24, vgl. oben Seite 110 Anm. 2.
- 5) Auf die weitere Begründung der Ausübung verfassungsmäßiger Rechte wird unten § 15 I eingegangen.

Vor allem Ebnöther vertritt die Theorie der unmittelbaren Verursachung. Er schreibt: "Dabei hat sich die Polizei grundsätzlich an den Störer zu halten; und zwar hat sie sich grundsätzlich an den unmittelbaren Störer zu halten und nicht an denjenigen, der die Störung in erlaubter Ausübung seiner Rechte bloss indirekt verursacht" ¹⁾.

Ebenso steht Voigt ²⁾ auf dem Boden dieser Theorie: Nur Handeln, das die öffentliche Ordnung selbst unmittelbar gefährdet, macht den Handelnden zum Störer. Im Borkumlied-Fall - dessen Sachverhalt er allerdings in Übereinstimmung mit der Mehrheit der deutschen Lehre nicht richtig schildert ³⁾ - entscheidet er: "Störer sind die Sänger und nicht die Musiker" ⁴⁾. Heinrich Müller bekennt sich mit dem Beispiel eines Demonstrations-Falles zur Theorie vom unmittelbaren Ver- halten ⁵⁾.

Aus der Stellungnahme von Hoerni ⁶⁾ ist zu schließen, daß er ebenfalls die Theorie vertritt. Zum Heilsarmee-Fall bemerkt er: "Gegen den Grundsatz, daß die Polizei sich in erster Linie gegen den Störer wenden müsse, haben sich mehrere Kantonsregierungen vergangen, als sie gegen die Versammlungen der Heilsarmee einschritten."

Schmid schließt sich für den Reklame-Fall an: "Ebensowenig kann einem Laden- besitzer aufgegeben werden, seine auffällige Schaufensterreklame zu entfernen, weil diese zahlreiche Neugierige anlockt, die den freien Verkehr auf dem Geh- steig hindern" ⁷⁾.

In der schweizerischen Rechtsprechung hat das Bundesgericht im Urteil vom

- 1) Ebnöther, op. cit., 66.
- 2) Heinz Alex Voigt, op. cit., 95.
- 3) Vgl. oben Seite 111 Anm. 2.
- 4) Op. cit., 95 Anm. 7. Weitere Beispiele führt er dafür an, daß gegen Drit- te eingeschritten werden muß, wenn diese durch das Verhalten anderer zu Störungen veranlaßt werden, wie bei Kinodemonstrationen.
- 5) Heinrich Müller, op. cit., 100 Anm. 24: "... dem nachgerade berühm- ten Kapitel der Theaterdemonstrationen, bei deren Anlaß die Polizei sich des öfters an die falsche Adresse, d. h. an den Gestörten statt an den Stör- rer gehalten hat."
- 6) Hoerni, op. cit., 142.
- 7) Schmid, op. cit., 46.

20.2.1886¹⁾ im Heilsarmee-Fall zu erkennen gegeben, daß es - unter anderem²⁾ - auf die Unmittelbarkeit des Verhaltens abstellt: "Vielmehr gingen die Störungen der öffentlichen Ordnung unzweifelhaft von Dritten Personen aus, welche die Versammlungen der Heilsarmee störten. Die Ausübung eines verfassungsmäßigen Rechtes darf nun aber gewiß nicht deshalb beschränkt werden oder aufgehoben werden, weil Dritte dessen berechnete Ausübung zum Anlaß der Begehung rechtswidriger Handlungen machen."

Weiterhin hat das Bundesgericht Stellung genommen zur Unmittelbarkeit im Urteil vom 23.2.1934³⁾, indem es ausführt, daß die Aufgabe der Staatsgewalt die Abwehr von ernsthaften Gefahren sei, "die unmittelbar und offensichtlich" drohen. Dem Staat obliegt es, Gefahren zu begegnen, "qui menacent, de façon directe et évidente, l'exercice du pouvoir légal"⁴⁾.

Der Inhalt des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20.12.1932⁵⁾ läßt in einem Reklame-Fall zunächst darauf schließen, daß es konsequent die Theorie vom unmittelbaren Verhalten vertritt: Gegen die Verbotsnorm verstoße "nicht diejenige Person, welche Anlaß zu diesem Verhalten ist, z.B. also der Geschäftsherr, der eine aufsehenerregende Schaufensterauslage ausstellt." Es wurde jedoch schon darauf hingewiesen⁶⁾, daß verboten und unter Strafe gestellt nur die Personen-Ansammlung war. Daher kann das Urteil zur Kritik nicht herangezogen werden⁷⁾.

Das Verwaltungsgericht Basel hat im Urteil vom 4.4.1955⁸⁾ in einem Plakat-Fall

- 1) BGE 12, 93, 108/109; im Ergebnis ebenso: BGE 20, 744, 752, Urteil vom 5.12.1894.
- 2) Vgl. oben Seite 119 Anm. 5. Diese Vorbemerkung gilt auch für die schweizerische Rechtsprechung.
- 3) BGE 60 I 108, 122; im gleichen Sinne BGE 35 I 139, 148, Urteil vom 17.3.1909.
- 4) BGE 63 I 213, 222, Arrêt du 11.6.1937. Noch klarer BGE 67 I 74, 76, Arrêt du 9.5.1941: "d'une façon directe et imminente." Das Urteil vom 11.11.1959, BGE 85 I 225, 233, verlangt, daß eine polizeiliche Maßnahme "sich gegen eine direkte, unmittelbar drohende und anders nicht abwendbare Gefährdung richtet."
- 5) B1ZR 32 (1933), 301, 302.
- 6) Vgl. oben Seite 96 f.
- 7) Deshalb zitiert Schmid (op.cit., 46 Anm. 122) das Urteil zu Unrecht zur Unterstützung seiner Meinung; dasselbe gilt für Heinz Alex Voigt (op.cit., 97 Anm. 10), der es für die gegnerische Ansicht anführt.
- 8) Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Stadt, BJM 1955, 208, 210.

die Theorie vom unmittelbaren Verhalten vertreten. Vom Regierungsrat war ein Plakat ("Atomkrieg nein") verboten worden, das als Bild einen Atompilz und einen zum Totenkopf gestalteten Globus enthielt. Das Verwaltungsgericht stellt fest: "Fraglich ist einzig, ob das Plakat eine Aufreizung zur Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung ... enthält ... es muß ... ein Verbot auch dann vorge-schrieben sein, wenn im Plakat selber eine unmittelbare Störung von Ruhe und Ordnung zu finden ist" ¹⁾.

Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen hat in einem Gaststätten-Fall ebenfalls die Theorie verwendet, wie sich aus den Gründen des Entscheids ergibt: Zwar gehe die Störung der Nachtruhe von dem Betrieb aus, und der Inhaber sei verpflichtet, die öffentliche Ruhe zu wahren, indessen habe er den Motorenlärm "nicht zu verantworten" ²⁾. Hierfür ist er also nur Veranlasser.

Nunmehr ist eine Ausnahme der Theorie vom unmittelbaren Verhalten darzustellen, die allgemein von ihren Anhängern vertreten wird. Ausgangsbasis ist das Gegenstück zur Theorie: Wenn nur der unmittelbare Verursacher Verhaltensstörer ist, dann entfällt diese Eigenschaft für den nur mittelbaren, den "Veranlasser" ³⁾. Hiervon wird nun eine Ausnahme gemacht für den sogenannten Zweckveranlasser.

II. DIE THEORIE DES ZWECKVERANLASSERS

In der deutschen Lehre stellt Jellinek ⁴⁾ fest: "Die bekannteste Erscheinungsform der mittelbaren Polizeiwidrigkeit ist die Veranlassung" und; "Der Veranlasser ist

-
- 1) Dies wurde nach Erörterungen tatsächlicher Art verneint und das Plakat freigegeben.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ist in seinem Entscheid vom 6. 7. 1961, BlZR 60 (1961), 237 ff. ("Jud Süß" von Veit Harlan) letztlich nicht darauf eingegangen, wer Störer ist, weil die öffentliche Ordnung nicht gestört war (a. a. O., 246). Immerhin hat es als Aufgabe der Polizei bezeichnet, mögliche Demonstrationen gegen eine Filmvorführung zu verhindern (a. a. O., 243). Hieraus kann auf die Theorie vom unmittelbaren Verhalten geschlossen werden.
 - 2) Entscheid vom 4. 4. 1962, GVP 1962, 171, 173.
 - 3) Der "Veranlasser" wird allgemein als mittelbarer Verursacher betrachtet, vgl. OVG Münster DVBl. 1959, 473, 474 (= OVGE 14, 265), Urteil vom 19. 12. 1958.
 - 4) Jellinek, Gesetz, 310/311.

nicht der richtige Adressat des Polizeibefehls". Daraus ergibt sich, daß Jellinek Anhänger der Theorie vom unmittelbaren Verhalten ist ¹⁾. So entscheidet er den Heilsarmee-Fall und den Gaststätten-Fall. Eine "Einschränkung" macht er aber dann, "sobald die Veranlassung übergeht in die Verursachung" ²⁾. Im Redner-Fall begeht auch der Redner eine Polizeiwidrigkeit, "da ja seine Ansprache das Stehenbleiben der Leute gerade bezweckt." Ebenso entscheidet er im Reklame- und Plakat-Fall: "Auch sie bezwecken gerade die Entstehung eines polizeiwidrigen Zustands."

Der Theorie vom Zweckveranlasser haben sich angeschlossen: Von Normann ³⁾, von Köhler ⁴⁾, Kirchberg ⁵⁾, Sonnen ⁶⁾ und Drews - Wacke.

Wacke gibt zunächst zu: "Es scheint nur eine Ausnahme von diesen Grundsätzen (scil. der Nichtverantwortlichkeit des Veranlassers) zu geben; derjenige Veranlasser, der die Polizeiwidrigkeit bezweckt (... 'Zweckveranlasser'), wird damit zum Mitverursacher und ist polizeipflichtig" ⁷⁾. Da ein "subjektives Moment in die Ursachenlage" hineinkommt, sei die Theorie des Zweckveranlassers eine Ausnahme, die man akzeptieren könne. Er schränkt aber sofort wieder ein: "Vielleicht ist dies auch gar keine echte Ausnahme. Man kann wohl wirklich sagen, daß derjenige, der das notwendigerweise an das eigene Verhalten sich anschließende polizeiwidrige Benehmen anderer Personen ins Auge faßt, deshalb bereits unmittelbarer Störer ist, weil die nachfolgende Polizeiwidrigkeit der anderen zwingend ⁸⁾ mit dem eigenen Auftreten verbunden ist."

-
- 1) An einer anderen Stelle spricht Jellinek (Gesetz, 317) ausdrücklich von "unmittelbarer Verursachung".
 - 2) Gesetz, 311; im VerwR (444) etwas modifiziert: "Wenn der Veranlasser die Polizeiwidrigkeit bezweckt und damit zum Mitverursacher wird."
 - 3) Von Normann, op. cit., 34; vgl. oben Seite 112 f.
 - 4) Von Köhler, op. cit., 344; vgl. oben Seite 108, beide vertreten im übrigen individualisierende Theorien.
 - 5) Kirchberg, op. cit., 66, 113 ff. und 123/124, vgl. aber oben Seite 102 Anm. 2.
 - 6) Sonnen, op. cit., 41.
 - 7) Drews - Wacke, op. cit., 227.
 - 8) Kraemer vertritt die Theorie von der wesentlichen Bedingung (op. cit., 186), bejaht aber die Theorie des Zweckveranlassers mit obigen Worten, vgl. oben Seite 108 Anm. 6. Es sei außerdem verwiesen auf die übrigen Vertreter der Theorie von der wesentlichen Bedingung, für welche die Absicht maßgebend ist, vgl. oben Seite 112.

Vogel geht noch weiter: Die Theorie des Zweckveranlassers müsse auch im Falle eines lediglich bedingten Gefährdungswillens gelten, "denn auch wer eine aus seinem Handeln mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwachsende Gefährdung oder Störung nur 'in Kauf nimmt', hat damit bereits die 'Gefahrengrenze' überschritten." ¹⁾

In der deutschen Rechtsprechung hat das pr OVG die Theorie des Zweckveranlassers vertreten, indem es auf die Absicht im Reklame-Fall abgestellt hat ²⁾. Ebenso hat es im Urteil vom 15. 5. 1930 ³⁾ in einem Plakat-Fall entschieden: "Denn das Plakat ist angebracht, damit es gesehen oder gelesen werde."

Für die schweizerische Lehre vertritt insbesondere Voigt ⁴⁾ die Theorie. Im Heilsarmee-Fall ist Störer die Menge vor dem Haus, denn "die Heilsarmee bezweckt keine Ansammlung des Pöbels". Anders entscheidet er im Redner-Fall; Störer ist der Redner, denn "er will mit seiner Rede das Stehenbleiben des Publikums und damit die Störung des Verkehrs erreichen." Zum Reklame-Fall führt er aus: "Der Aussteller bezweckt durch die auffälligen Gegenstände im Schaufenster, etwa ein kleines Straßenkino, bewegliche Figuren, lebende Mannequins, eine Ansammlung des Publikums vor seinem Schaufenster. Er bezweckt mit diesem Ziel eine Störung des Verkehrs, wie auch der tatsächliche Erfolg zeigt."

Schaumann ⁵⁾ hat sich ebenfalls der Theorie angeschlossen. Zum Reklame-Fall

- 1) Vogel, VerwR, 72; noch etwas unbestimmt ders. (VerursBegr., 92): "Der Zweckveranlasser, der das polizeiwidrige Verhalten eines anderen bewußt herbeiführen will." Ule - Rasch (op. cit., Erl. A I 2 b zu § 19 (pr) PVG, RNr. 10) billigen ebenfalls die Theorie, weil "das polizeiwidrige Verhalten des anderen als notwendige Folge des eigenen polizeimäßigen Verhaltens mindestens in Kauf genommen, die Unmittelbarkeit der Verursachung also gewissermaßen auf diesem Wege hergestellt wird. Deshalb hätte das pr OVG im Fall des Borkumliedes auch die polizeiliche Verantwortlichkeit der Musikkapelle bejahen müssen." Bemerkenswert ist, daß Ule - Rasch mit derselben Theorie im Gegensatz zu allen anderen Vertretern zum entgegengesetzten Ergebnis kommen.
- 2) PrOVGE 40, 216, 217, Bescheid vom 28. 10. 1901 und PrOVGE 85, 270, 271, Urteil vom 10. 10. 1929, vgl. oben Seite 107.
- 3) PrOVGE 87, 301, 309, sogenannte Erdal-Entscheidung. Zum Beschluß des OVG Koblenz vom 22. 2. 1956, AS Rh-Pf 5, 22, in dem die Gastwirte "unter bewußter Inkaufnahme" der Gefahren unmittelbar Störer waren, vgl. oben Seite 110.
- 4) Heinz Alex Voigt, op. cit., 98/99.
- 5) Schaumann, op. cit., 526.

meint er: "Tatsächlich ist dieser Ladeninhaber Mitstörer, da er mit seiner Auslage geradezu das Stehenbleiben der Passanten bezweckt." Dies leuchte ein, wenn man an die Vorführung eines Reklamefilms an einer Hauswand denke, wobei die Zuschauer nicht nur das Trottoir, sondern die Straße oder sogar einen Platz in Anspruch nehmen würden.

Imboden zitiert die Rechtsprechung des Bundesgerichts: "Auch derjenige gilt als Störer, der es bewußt in Kauf nimmt, daß andere durch sein an sich nicht rechtswidriges Verhalten zur Übertretung von polizeilichen Vorschriften veranlaßt werden." ¹⁾

In der schweizerischen Rechtsprechung vertritt das Bundesgericht erst in neuerer Zeit die Theorie des Zweckveranlassers. Nachdem es noch im Urteil vom 11. 11. 1959 auf diese Theorie verzichtet hat ²⁾, ist sie erstmals im Urteil vom 24. 5. 1961 ³⁾ verwendet worden. Zum Verbot des Anbringens eines Warenautomaten an einer Straßeneinmündung ("Automaten-Fall") führt das Bundesgericht aus: "Stellt ein Unternehmer an einer öffentlichen Straße einen Zigarettenautomaten so auf, wie das hier geschehen ist, dann zählt er darauf, daß der Automat auch von Motorfahrzeugführern benutzt wird; er rechnet damit oder nimmt es mindestens bewußt in Kauf, daß sich ein Teil der Kunden aus Gründen der Bequemlichkeit nicht an die bestehenden Abstellbeschränkungen halten wird. Auf diese Weise überschreitet er die Schranken, welche die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs als Ausfluß der öffentlichen Ordnung der freien Verfügung über das Eigentum und der freien Handelstätigkeit setzt; er befindet sich im Sinne Fleiners nicht mehr in der 'gesetzmäßigen Ausübung eines Rechtes', sondern wird selber zum Mitstörer."

Unter Berufung hierauf hat das Bundesgericht im Urteil vom 19. 2. 1964 zur Zulässigkeit eines Kioskanbaus in der Nähe einer Straßenkreuzung ("Kiosk-Fall") dargelegt: "... doch rechnen die Beschwerdeführer - nach den örtlichen Verhältnissen mit Grund - auch mit einer motorisierten Kundschaft. Dieser Umstand

1) Imboden, VerwRspr., 308, zu Nr. 85 in den Bemerkungen zu BGE 87 I 112, Auszug aus dem Urteil vom 24. 5. 1961. Imboden hebt ausdrücklich hervor (a. a. O., sowie Erg. H., 60, zu Nr. 85), daß der Begriff des Störers erweitert wird.

2) BGE 85 I 225 ff. Dies veranlaßt Schaumann in seiner Anmerkung zu dem Urteil (op. cit., 526) zu folgender Kritik: "In ihrer materiellen Aussage sind die Überlegungen des Bundesgerichts anfechtbar."

3) BGE 87 I 112, 114, wobei Schaumann zitiert wird. Seine Kritik hat also Erfolg gehabt.

allein läßt die Beschwerdeführer indes noch nicht als Mitstörer im polizeirechtlichen Sinne erscheinen. Es müssen vielmehr genügende Anhaltspunkte dafür vorhanden sein, daß die Benutzung des Kiosks durch Fahrzeugführer tatsächlich zu einer Gefährdung des öffentlichen Verkehrs führen würde" ¹⁾.

Weiterhin hat das Bundesgericht im Urteil vom 29. I. 1965 für das Gebiet des Gewässerschutzes zum Zweckveranlasser erklärt: "Auch auf dem Gebiet des Gewässerschutzes ist Störer ..., wer es in Kauf nimmt, daß andere durch sein an sich nicht rechtswidriges Verhalten zur Übertretung von polizeilichen Vorschriften veranlaßt werden" ²⁾.

III. DIE WÜRDIGUNG DER THEORIE VOM UNMITTELBAREN VERHALTEN

Für eine Beurteilung findet sich der schnellste Zugang über den Zweckveranlasser. Wenn sich die Theorie gezwungen sieht, diesen als Ausnahme zuzulassen, dann liegt es nahe, zunächst diesen Sonderfall kritisch zu behandeln. Daraus lassen sich Rückschlüsse auf die gesamte Theorie ziehen.

1. Der Sonderfall des Zweckveranlassers

Die Konstruktion des Zweckveranlassers beruht auf der Trennung zwischen Verursacher und Veranlasser. Die polizeiliche "Ausnahme"-Verantwortlichkeit des Veranlassers wird mit dessen "Absicht" begründet.

a. Die tatsächlichen Gegebenheiten

Es ist vom Tatsächlichen her zweifelhaft, ob z.B. im Reklame-Fall der Aussteller wirklich die Absicht hat, die Störung der öffentlichen Ordnung herbeizuführen. Denn jene müßte darauf gerichtet sein, daß das Publikum sich in verkehrsstörender Weise vor dem Schaufenster staut. Vom legitimen Reklamebedürfnis des Gewerbetreibenden aus gesehen, ergibt sich folgendes Bild: Er ist an einer möglichst breitgestreuten Wirkung seiner Reklame interessiert. Je mehr Menschen

1) BGE 90 I 1, 5; dies wurde aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse bejaht (a. a. O., 7/8).

2) BGE 91 I 144, 147/148. Zur Kritik dieses Urteils von Imboden (Erg. H., 60, zu Nr. 85) und dazu, daß dieser Fall leichter über den Zustandstörer gelöst worden wäre, vgl. oben Seite 46 ff.

seine Werbung auf sich wirken lassen, desto größer sind die Aussichten für ihn, daß seine Reklame Erfolg hat und sich umsatzsteigernd auswirkt. Die Breitenstreuung läßt sich am besten dadurch erreichen, daß möglichst viele Menschen die Reklame sehen. Das aber ist nur dann möglich, wenn keine Verkehrsstockungen durch unnötig langes Stehenbleiben eintreten ¹⁾.

Die Absicht des Ausstellers ist also nicht auf die Herbeiführung einer Verkehrsstörung gerichtet. Samper ²⁾ versucht sie trotzdem nachzuweisen mit dem Beispiel des Fußball-Länderspiels, das vom Händler im Schaufenster übertragen wird. Sicher fordert der Gewerbetreibende die Passanten konkludent auf, länger stehen zu bleiben. Indessen ist damit die Absicht, eine Verkehrsstörung hervorzurufen, nicht dargetan.

Es waren wohl derartige tatsächliche - von keinem Vertreter der Theorie ausgesprochene - Beweis-Schwierigkeiten, die dazu geführt haben, die Anforderungen an die Intensität der "Absicht" immer mehr herunterzuschrauben. Das heutige Ergebnis besteht darin, daß das "In-Kauf-nehmen" bereits genügen soll ³⁾. Diese Gleichsetzung führt zu den folgenden Bedenken.

b. Die Berücksichtigung des Verschuldens

Beiden Begriffen ist gemeinsam, daß sie Arten des Vorsatzes sind. Gefordert wird also Verschulden zur Bestimmung des Verhaltensstörers ⁴⁾. Auf das Verschulden, damit auf die subjektive Einstellung aber kann das Polizeirecht nicht abstellen. Objektive Störungsbeseitigung und Ordnungsbewahrung ist die Aufgabe der Polizei. Sie kann sich dabei nur an das äußere Erscheinungsbild halten ⁵⁾. Dieselben Ge-

1) Ebenso Troitzsch, Polizeipflicht, 34.

2) Samper, op. cit., Anm. IV zu Art. 9 PAG, RNr. 13.

3) Auf das Interesse am fließenden Verkehr weist Schnur (op. cit., 7 Anm. 61) hin; Die Lehre vom Zweckveranlasser müsse daher dolus eventualis genügen lassen, worin "eine weitere Schwierigkeit" liege. Die Gleichsetzung ist bereits unter strafrechtlichen Gesichtspunkten nicht haltbar; Sowohl im deutschen wie im schweizerischen Strafrecht wird unter "Absicht" dolus directus und unter "In-Kauf-nehmen" dolus eventualis verstanden.

4) Lediglich Schiedermaier (op. cit., 157) und Senger - Kurzmann (op. cit., Anm. 5 zu § 17 OBG) drücken dies expressis verbis aus. Bei den anderen Autoren ist untechnisch von einem "subjektiven Moment" die Rede, vgl. oben Seite 123.

5) Auch von Normann (op. cit., 34 Anm. 3) stellt fest, daß sich die Frage der Veranlassung nicht nach der Willensrichtung beantworten läßt. Er widerspricht

sichtspunkte, die zur Ablehnung des Verschuldensprinzips im Polizeirecht geführt haben, müssen das Ergebnis nach sich ziehen, daß das Verschulden nicht zu einer Bestimmung des Verhaltensstörers verwendet werden darf ¹⁾.

Voigt selbst gibt zu, daß er sich in Widerspruch setzt zu seiner eigenen Ansicht der Notwendigkeit des Vorgehens nach objektiven, äußeren Gesichtspunkten ²⁾. Indessen meint er, daß die Absicht des Ausstellers "äußerlich so klar zu Tage" trete, daß sie zu den "äußeren objektiv erkennbaren Momenten" gerechnet werden könne. Selbst wenn man seiner Argumentation hinsichtlich des Sachverhalts folgen wollte, ist sie aus rechtlichen Gründen nicht schlüssig. Das Problem der richtigen - nicht: objektiven - Erkennbarkeit der Absicht ist eine Frage des Beweises und der Höhe der Anforderungen an diesen. Nach wie vor handelt es sich aber um das Erkennen einer subjektiven Einstellung. Eine solche wird nicht dadurch "objektiv", daß sie richtig erkannt wird.

c. Die "zwingende" Folge

Wacke, Ule - Rasch und Kraemer versuchen einen Ausweg dadurch zu finden, daß sich die Störung als "notwendige" bzw. "zwingende" Folge aus dem Verhalten des Zweckveranlassers ergebe. Hiergegen sprechen drei Gründe:

Erstens zeigt schon die Konstruktion des "In-Kauf-nehmens", daß der Erfolg nicht zwingend eintreten braucht. Das Wesen des bedingten Vorsatzes besteht gerade darin, daß Ungewißheit über das Eintreten des Erfolges herrscht. Eine zwingende, notwendige Folge liegt sonach nicht vor.

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 127

sich aber, wenn er auf den "Anstifter" abstellt. Zur Anstiftung gehört Vorsatz, und sie ist rein geistige Beeinflussung, das als subjektives Geschehen für die Polizei ohne Bedeutung ist, vgl. Hurst, op. cit., 52/53.

Gegen die Theorie vom Zweckveranlasser weiterhin: Behrendt (op. cit., 16/17); Kießling (op. cit., 72); Lassar, JW 1930, 1449 und Freiner (KausProbl., 4): "Der Ladeninhaber ist berechtigt, Kinderspielzeuge in das Schaufenster zu stellen."

- 1) Dies widerspricht nicht dem oben Seite 97/98 für das deutsche Polizeirecht vertretenen Standpunkt der ausnahmsweisen Berücksichtigung des Verschuldens: Dort steht bereits fest, daß zwei Personen Störer sind. Hier aber soll die Bestimmung des Störers überhaupt vom Verschulden abhängig gemacht werden.
- 2) Heinz Alex Voigt, op. cit., 98 und 69 ff.

Zweitens kann dann von einer zwingenden Verursachung nicht gesprochen werden, wenn die Betrachter "sich eigens wegen der ihnen bekannt gewordenen Art dieser Reklame" ¹⁾ ansammeln. Denn in diesem Falle decken sich die - unterstellte - Absicht und das Verhalten des Publikums nicht.

Drittens kann die Theorie des Zweckveranlassers dann nicht zum Ziel führen, wenn beim Zweckveranlasser ein Irrtum vorliegt. Denn ein solcher würde die Absicht ausschließen, so daß eine Verantwortlichkeit des Ausstellers nicht gegeben wäre.

Aus allen Gründen ist die Theorie vom Zweckveranlasser nicht in der Lage, eine polizeiliche Verantwortlichkeit des Reklame-Ausstellers zu begründen ²⁾.

2. Der Normalfall des unmittelbaren Verhaltens

Fleiner behauptet, daß die Unterscheidung von Veranlasser und Verursacher keine Lösung bringe, "weil sie Veranlasser und Verursacher nur sprachlich abgrenzt, ohne dagegen ein sachliches Unterscheidungsmerkmal beizubringen" ³⁾. Seine Kritik wendet sich gegen Jellinek und ist insoweit begründet, als Jellinek keine Angaben darüber macht, nach welchen Gesichtspunkten er den Veranlasser vom Verursacher trennen will. Inzwischen sind jedoch mehrere Kriterien entwickelt worden, die eine Untersuchung darüber gestatten, ob sie sachliche Unterscheidungsmerkmale darstellen.

a. Die Unmittelbarkeit als Setzen der letzten Bedingung

Wissenschaft und Rechtsprechung haben Fälle im Auge, bei denen mehrere Personen nacheinander handeln. Hierbei ist das Verhalten der ersten Person polizeilich unerheblich, während das Handeln der zweiten Person polizeilich erheblich ist.

1) Schnur, op. cit., 7.

2) Ob allerdings im Ergebnis Fleiner, Schmid und Behrendt zu folgen ist - sie lehnen eine Verantwortlichkeit des Ladenbesitzers in jedem Falle ab -, kann hier noch dahinstehen. Es macht einen bedeutsamen Unterschied, ob der Kaufmann Kinderspielzeug ausstellt (Fleiner, KausProbl., 4), oder ob er einen Reklamefilm an einer Hauswand ablaufen läßt (Schaumann, op. cit., 527) vgl. unten § 19 I.

3) Fleiner, KausProbl., 4; im gleichen Sinne Bock, op. cit., 15; vgl. außerdem Traeger, op. cit., 113/114.

Typisch hierfür sind etwa der Heilsarmee-Fall und der Demonstranten- bzw. Gegendemonstranten-Fall. Wenn die später Handelnden das Verhalten der ersten zum Anlaß nehmen, sich polizeiwidrig zu verhalten, dann sind sie allein Verhaltensstörer.

Dieses letztlich zu billigende Ergebnis wird von der Theorie dadurch erreicht, daß die Zweithandelnden unmittelbar den polizeiwidrigen Erfolg herbeiführen sollen, während der mittelbare Bezug der Ersthandelnden zum Erfolg die Störereigenschaft nicht begründen soll ¹⁾.

Das Kausalgeschehen spielt sich in diesen Fällen als Nacheinander-Verhalten ab: Im Anschluß an die ersten verhalten sich die zweiten Personen polizeiwidrig. Hieraus ergibt sich, daß im Regelfall derjenige als unmittelbarer Störer betrachtet wird, der - von mehreren Personen - als letzter handelt. Denn dieser befindet sich in naher, unmittelbarer Beziehung zum Erfolg. Es stellt sich heraus, daß hiernach derjenige unmittelbarer Störer ist, der die letzte Bedingung zum Erfolg setzt.

Daher ist auch zu verstehen, wenn Drews - Wacke ²⁾ das Urteil des OVG Lüneburg vom 10. 7. 1956 ³⁾ - wonach Störer der Setzer der letzten Bedingung ist - zwar "für nicht ganz zutreffend" halten, dessen Begründung damit aber nicht rundheraus ablehnen. Aus diesem Grunde kann sich auch das OVG Münster ⁴⁾ für die folgenden Ausführungen auf Drews - Wacke berufen: "Unter dem unmittelbaren Verursacher versteht man im Gegensatz zu entfernten, lediglich mittelbaren Verursachern die Personen, die die letzte Bedingung für den Eintritt der Gefahr gesetzt haben."

Die Theorie vom unmittelbaren Verhalten läuft also im Ergebnis auf die - bereits abgelehnte - Theorie von der letzten Bedingung hinaus.

-
- 1) "Wird die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch das Verhalten von Personen gestört oder gefährdet, so ist derjenige verantwortlich, der die Störung oder Gefahr unmittelbar verursacht hat", so § 23 rh-pf PVG vom 26. 3. 1954.
 - 2) Drews - Wacke, op. cit., 225.
 - 3) DVBl. 1957, 138 (= OVGE 11, 292 = VerwRspr. 9, 484), vgl. oben Seite 113 f.
 - 4) OVG Münster JZ 1964, 367, Urteil vom 3. 10. 1963.

b. Das "unmittelbare Überschreiten der Gefahrengrenze"

Als weiteres Merkmal für die Unmittelbarkeit wird das "Überschreiten der Gefahrengrenze" und das "unmittelbare Setzen der Gefahr" verwendet. Bei den Anhängern der Theorie sucht man vergebens nach Kriterien, welche diese Begriffe auszufüllen in der Lage sind. Bei von Müller¹⁾ geht ein Hinweis bezeichnenderweise in eine andere Richtung: Die Gefahrengrenze ist da überschritten, "wo sich der Zustand der Dinge zu einem gewissen Mindestmaß der Wahrscheinlichkeit eines Schadens verdichtet hat."

Dies führt unversehens zu dem Begriff der Gefahr und zu Jellineks "Schädlichkeitsgrenze"²⁾, d. h. zu der Frage, wann überhaupt die Polizei berechtigt ist einzuschreiten. Hierfür verlangt insbesondere die schweizerische Rechtsprechung, daß nur gegen "unmittelbare Gefahren" eingeschritten werden dürfe³⁾. Das deutsche Recht verlangt lediglich eine "konkrete Gefahr"⁴⁾.

Indessen kann die Entscheidung dieses Problems auf sich beruhen. Denn die Frage der Notwendigkeit des Vorliegens einer unmittelbaren Gefahr ist systematisch von derjenigen zu trennen, gegen wen eingeschritten werden darf. Wird das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr verlangt, dann ist dieses Postulat notwendige Voraussetzung für ein Einschreiten der Polizei überhaupt. Erst wenn diese Vorbedingung erfüllt ist, kann anschließend für die Polizei die Frage entstehen, gegen wen sie vorgehen darf. Hierbei hilft ihr dann der Pleonasmus "wer unmittelbar eine unmittelbare Gefahr herbeiführt" nicht weiter.

1) Von Müller, op. cit., 338.

2) Dazu Jellinek, Gesetz, 284 und VR, 437.

3) Vgl. oben Seite 120 f. und Schwarzenbach (op. cit., 94), der "unmittelbar bevorstehende" Gefährdung verlangt.

4) Dies gilt für alle Polizeigesetze, vgl. Drews - Wacke, op. cit., 291 und OVG Lüneburg OVGE 10, 341, 343, Urteil vom 29.9.1955. Art. 12 PAG und § 9 bw PolG verlangen nur für den polizeilichen Notstand eine "unmittelbar bevorstehende" Gefahr. Auch in der Schweiz wächst die Tendenz, nicht in allen Fällen an der "unmittelbaren Gefahr" festzuhalten, so BGE 90 I 1, 4, Urteil vom 19.2.1964 ("Mittelbare Störungen des öffentlichen Verkehrs") und der Regierungsrat des Kantons St. Gallen GVP 1959, 164, Entscheid vom 24.11.1959 in einem Öl-Fall: "... auch dann, wenn noch keine unmittelbare Gefahr droht."

c. Die Praxis im allgemeinen

Hier zeigt sich, daß in vielen Fällen von der Theorie der unmittelbaren Verursachung abgegangen werden muß, damit man brauchbare Ergebnisse erzielt.

Kommt bei zwei nacheinander handelnden Personen eine Polizeipflicht der ersten in Betracht, dann kann die Theorie sie nicht zum Verhaltensstörer machen. Denn die "unmittelbare Ursache" ist das Verhalten der zweiten Person. Zum Verhalten der ersten Person kommt dasjenige der zweiten hinzu, ersteres ist also nur "mittelbare Ursache". Somit kann ihre Störer-Eigenschaft auf diesem Wege nicht begründet werden.

Schon das pr OVG hat in einigen Urteilen daher die Theorie vom unmittelbaren Verhalten verlassen, so in dem Reklame-Fall und im Plakat-Fall ¹⁾. Weiterhin hat es in einem Demonstranten-Fall das Vorgehen gegen den Theaterbesitzer zugelassen ²⁾. Ebenso hat das OVG Koblenz in einem Gaststätten-Fall entschieden ³⁾. Unmittelbare Verursacher waren jedoch als Zweithandelnde die betrunkenen Soldaten. Das Verhalten der Gastwirte lag davor und hatte nur mittelbaren Bezug zu dem polizeiwidrigen Erfolg.

In allen diesen Fällen sind unmittelbare Verursacher die Zweithandelnden, nicht aber die ersten Personen, die in Anspruch genommen worden sind.

d. Die Praxis im besonderen: Das "Konkretisieren einer latenten Gefahr"

Schwierigkeiten hat dem OVG Münster ⁴⁾ ein Fall gemacht, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

- 1) Vgl. oben Seite 107 ff.
- 2) PrVBl. 30 (1908/09), 172, Entscheidung vom 22.9.1908; sachlich ebenso PrOVGE 41, 432, 435 ff., Endurteil vom 16.5.1902.
- 3) AS Rh-Pf 5, 22, 24/25, Beschluß vom 22.2.1956, vgl. oben Seite 110 Anm. 2. Nach der Theorie folgerichtig wurde dagegen die Polizeipflicht des Gastwirts verneint vom sächs OVG JbsächsOVG 4, 66, 68, Urteil vom 17.1.1903 (vgl. oben Seite 118 Anm. 2) und vom Regierungsrat des Kantons St. Gallen GVP 1962, 171, 173, Entscheid vom 4.4.1962 (vgl. oben Seite 122/123).
- 4) OVG Münster DVBl. 1957, 867 (= DÖV 1957, 870 = MDR 1957, 702 = OVGE 11, 250), Bescheid vom 16.10.1956.

Seit Jahrzehnten wird im Außenbereich eines Ortes eine Schweinemästerei betrieben. Im Laufe der Zeit rückte die Bebauung immer näher an den Betrieb heran. Die Nachbarn werden jetzt durch übermäßige Gerüche, die Ratten- und Fliegeplage stark belästigt. Dadurch ist eine Störung der öffentlichen Ordnung eingetreten ("Schweinemästerei-Fall").

Bei konsequenter Durchführung der Theorie vom unmittelbaren Verhalten hätte man zu folgendem Ergebnis kommen müssen: Der Inhaber des Betriebs übt die Schweinemästerei seit langem aus, er ist also Ersthändler. Die Nachbarn, die nachträglich daneben gebaut haben, sind Zweithändler. Sie sind also näher, damit unmittelbar am polizeiwidrigen Erfolg. Dementsprechend wären allein sie Verhaltensstörer.

Dieses Ergebnis vermeidet das OVG Münster dadurch, daß es behauptet, die polizeiliche Gefahr habe "latent" über dem Betrieb der Schweinemästerei gelegen. Jetzt sei sie "existent geworden", bzw. "konkretisiert worden" durch die Bebauung¹⁾. Daher sei der Inhaber des Betriebs Störer. Bei der Konkretisierung einer latenten polizeilichen Gefahr" gebe es keine Priorität.

Hiergegen hat Hurst²⁾ zu Recht geltend gemacht, daß die Annahme einer Gefahrenlage die Feststellung eines tatsächlichen Befundes ist, "der entweder gegeben ist oder nicht". Eine polizeiliche Gefahr ist "existent", wenn sie besteht, andernfalls ist eine solche nicht gegeben. Die Einführung eines Begriffs der "latenten" Gefahr täuscht nur darüber hinweg, daß die Theorie der unmittelbaren Verursachung durchbrochen wird. Im übrigen bleibt das OVG Münster die Begründung für seine Behauptung schuldig, daß im Polizeirecht der Grundsatz der Priorität nicht gelte³⁾.

Das OVG Münster hat weiterhin versucht, den Inhaber zum Zustandsstörer zu machen⁴⁾. Dieser Versuch muß fehlschlagen. Das Verhalten des Inhabers (das Füttern der Schweine) führt die polizeiwidrige Gefahr herbei. Daß hierdurch ein po-

1) Ebenso soll eine "latente" Störung auf einem Haus ruhen, dessen unverputzte Giebelwand durch Abbruch des Nachbarhauses verunstaltend zum Vorschein kommt, so ProVGE 40, 391, 397, Urteil vom 23. 5. 1901.

2) Hurst, op. cit., 62/63.

3) Zu dieser Frage vgl. unten § 19 II.

4) Drews - Wacke (op. cit., 244) haben sich dem angeschlossen, offenbar auch Vogel (VerursBegr., 92).

lizeiwidriger Zustand entsteht, macht ihn nicht zum Zustandsstörer ¹⁾.

e. Das Verhältnis zur Ausnahme des Zweckveranlassers

Als letzter Gesichtspunkt gegen die Theorie vom unmittelbaren Verhalten dient ihre Haltung zum Zweckveranlasser. Damit räumt sie selbst ein, daß sie nicht folgerichtig durchgeführt werden kann ²⁾. Denn es ist im Einzelfall erforderlich, auch denjenigen zum Verhaltensstörer zu erklären, bei dem ein unmittelbares Verhalten in Bezug auf den polizeiwidrigen Erfolg nicht vorliegt.

Samper ³⁾ versucht diese Konsequenz zu umgehen, indem er ausführt, daß eine - auch stillschweigende - Aufforderung zum störenden Verhalten im Reklame-Fall als solche bereits eine unmittelbare Störung sei. Diese Argumentation erinnert an Hoffmann ⁴⁾. Samper ist daher ebenfalls entgegen zu halten, daß der Aussteller bereits dann Verhaltensstörer wäre, wenn noch kein Passant die Sicherheit des Verkehrs stört. Hierauf kommt es aber im Reklame-Fall an. Auch auf diesem Wege läßt sich die "Unmittelbarkeit" beim Zweckveranlasser nicht herstellen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Theorie vom unmittelbaren Verhalten zwar geeignet ist, zur Bestimmung der Unmittelbarkeit einer polizeilichen Gefahr beizutragen, nicht aber zu einer Begriffsbestimmung des Verhaltensstörers.

-
- 1) Anders liegt es im "Strohdach-Fall": Ein Haus mit jahrzehntealtem Strohdach steht vor dem Ort; das ist gestattet, weil 100 m entfernt kein Haus mit Feuerstelle stehen darf. Ein anderer baut nun 50 m entfernt ein derartiges Haus (Drews - Wacke, op. cit., 241). Hier rührt die polizeiliche Gefahr allein vom Zustande einer Sache her, der Eigentümer des strohgedeckten Hauses ist also Zustandsstörer. Da es hierbei nicht auf eine Verursachung ankommt, ist die Kritik von Hurst (op. cit., 62) und Moser (op. cit., 113/114) insoweit nicht begründet.
 - 2) Daß die Konstruktion des Zweckveranlassers aus anderen Gründen nicht stichhaltig ist, kommt noch hinzu.
 - 3) Samper, op. cit., Anm. IV zu Art. 9 PAG, RNr. 13; im gleichen Sinne Ule - Rasch, op. cit., Erl. A I 2 b zu § 19 (pr) PVG, RNr. 10, vgl. oben Seite 124 Anm. 1.
 - 4) Hoffmann, op. cit., 66, vgl. oben Seite 115.

§ 10 DIE SOGENANNT "UNTERBRECHUNG DES KAUSALZUSAMMENHANGES"

Lediglich in Deutschland wurde von einigen Autoren diese Lehre für den Reklame-Fall und für den Borkumlied-Fall vertreten. Die Tatsache, daß sie weder in der deutschen Rechtsprechung noch in der Schweiz je angewandt wurde, zeigt ihre geringe Bedeutung. Da sie aber heute noch verteidigt wird, ist kurz auf sie einzugehen.

I. DIE VERTRETER DER LEHRE

Kerstiens ¹⁾ macht im Reklame-Fall folgende Unterscheidung: Wenn die Reklame derart sensationell in ihrer Aufmachung sei, daß die Passanten "unverhofft" stehen blieben, dann werde der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen. Der Aussteller sei Störer. Blieben aber die Vorübergehenden "mit Überlegung" stehen, dann handelten diese vorsätzlich. Diese Handlung habe ihre Ursache in einem bewußten Willensvorgang. Damit werde der Kausalzusammenhang unterbrochen. Eine neue Kausalreihe beginne, sonach sei der Kaufmann nicht Störer.

Auch Wipprecht ²⁾ ist der Meinung, daß "eine Art 'Unterbrechung des Kausalzusammenhangs' im Polizeirecht konstituiert" werde. Er beruft sich auf Franzen ³⁾, der ein "Regressverbot" entwickelt. Wegen der Unterbrechung könne auf den Aussteller, den Dirigenten oder die Kapelle im Borkumlied-Fall nicht zurückgegriffen werden. Scupin führt aus, daß die Kausalkette durch das Handeln eines anderen unterbrochen werden könne. Hierbei sei zu unterscheiden, ob der zweite eine bloße Reflexhandlung begehe, die automatisch aus der Handlung des ersten folge, oder ob er "seinen Willen selbständig betätigt". Im letzten Falle sei der Kaufmann nicht Störer ⁴⁾.

- 1) Kerstiens, Polizeirecht, 46/47; hiermit übereinstimmend: Klausener - Kerstiens - Kempner, op. cit., Erl. IV 2 c zu § 19 pr PVG.
- 2) Wipprecht, op. cit., 28, sowie dortige Anm. 10 und 12.
- 3) Franzen, op. cit., 237. Nach Troitzsch (Polizeipflicht, 33, Adressat, 327) wird die durch den Aussteller "angeregte Kausalität durch die freiwillige Handlung jedes einzelnen aus dem Publikum unterbrochen". Nach E. E. Schneider (op. cit., Anm. 2 zu § 12 hess PolG) sollen besonders eigenartige Umstände den Kausalzusammenhang unterbrechen, sie "sind also nicht ursächlich."
- 4) Scupin, Das Polizeirecht, 641/642. Er vertritt seine Ansicht jedoch nicht folgerichtig, weil er das Vorgehen gegen beide billigt, es also auf seine Unter-

Als letzte Vertreter der Lehre sind von Turegg - Kraus ¹⁾ zu nennen. Es soll "dem Ursachenzusammenhang nach die Konditionentheorie ²⁾ mit Regressverbot angewandt" werden. Da das Polizeirecht nur eine Erfolgshaftung kenne, setze es an die Stelle des Verschuldens den Willen eines Dritten.

II. DIE VERWENDBARKEIT DER LEHRE

Nach allgemeiner Ansicht ist der Begriff der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges unlogisch. Wird eine Kausalkette von einer zweiten überlagert, dann wirken beide weiter bis zum Eintritt des Erfolges. Knüpft eine Person an eine andere Kausalkette an, dann liegt von Anfang an ein Kausalzusammenhang nicht vor. Hierauf wurde oben bei der Erörterung der Kausalitätstheorien im Straf- und Zivilrecht bereits hingewiesen. Es besteht kein Grund, diese Lehre für das Polizeirecht zu retten, nachdem sie bei den anderen Rechtsgebieten längst verstaubt ist:

Für das Stehenbleiben des Publikums ist das Ausstellen durch den Kaufmann gerade notwendige Voraussetzung. Würde er die Kausalkette nicht in Lauf setzen, dann würden sich auch keine Passanten ansammeln. Der Kausalzusammenhang bis hin zu dem polizeiwidrigen Erfolg wird durch das Ausstellen gerade erst geschaffen. Gleiches gilt im Borkumlied-Fall.

Außerdem verwenden alle Vertreter subjektive Momente. Es wird abgestellt auf die innere Einstellung der dazwischentretenden Personen. Zwar wird der Ausdruck "Verschulden" vermieden; jedoch zeigt die Betrachtung der verwendeten Begriffe "Überlegung", "frei gewollte Handlung" und "Willen" ³⁾ eindeutig die Berück-

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 135

scheidung nicht ankommt. Die Begründung: "Die Polizei kann das (scil. wer Störer ist) bei ihren Befehlen, die sie kurzerhand zu treffen hat, oft nicht abwägen und muß daher die Möglichkeit haben, sich an beide zu wenden. Für eine Maßnahme, bei der Eile nicht geboten ist, gehört es aber zu ihrem pflichtmäßigen Ermessen, den wirklichen Störer herauszufinden." Das würde bedeuten, daß sich die Polizei bei "eiligen" Maßnahmen überhaupt nicht an den Störer zu halten brauchte (!).

- 1) Von Turegg - Kraus, op. cit., 451.
- 2) Hierunter wird die Bedingungstheorie verstanden, vgl. von Turegg - Kraus, op. cit., 102/103.
- 3) So Kerstiens, Polizeirecht, 47, Troitzsch, Polizeipflicht, 33 und Scupin, Das Polizeirecht, 642.

sichtigung subjektiver Momente ¹⁾. Von Turegg - Kraus ²⁾ betonen ausdrücklich das "Ersetzen" des Verschuldens. Mit dem "Willen" ist die subjektive Einstellung aber gerade nicht eliminiert.

Die Lehre von der sogenannten "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" ist nicht in der Lage, einen Beitrag zu einer Bestimmung des Begriffs des Verhaltensstörers zu liefern.

-
- 1) Ebenso Janberg, op. cit., 234, Moser, op. cit., 135 und Nebinger, VR, 261. Dessen Begründung für eine Inanspruchnahme des Ausstellers ist allerdings unhaltbar. Da es sich im Polizeirecht um objektive Schadensverhütung handelt, "bedarf es nicht der Fiktion, daß der Ladenbesitzer zum Störer der öffentlichen Ordnung erklärt wird. Er ist dies so wenig, wie die bei offenen Fenstern singende und denselben Erfolg herbeiführende Heilsarmee", a. a. O., 261 Anm. 3. Nebinger billigt also die Inanspruchnahme des Kaufmanns, obwohl dieser nach seiner Auffassung nicht Störer ist (!), vgl. zu derselben Ansicht Scupins oben Seite 135 Anm. 4.
- 2) Von Turegg - Kraus, op. cit., 103.

§ 11 DIE ADÄQUANZTHEORIE

In Deutschland gilt die Adäquanztheorie nur im Zivilrecht, in der Schweiz dagegen herrscht sie sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht. Sollte sich ihre Anwendbarkeit bei der Definition des Verhaltensstörers herausstellen, dann würde also für die Schweiz in allen Rechtsgebieten die Adäquanztheorie gelten. Denn im sonstigen öffentlichen Recht, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, kommt sie ebenfalls zur Anwendung. Indessen darf dieser augenscheinliche Vereinheitlichungserfolg - der sich eventuell in der Schweiz für das gesamte Recht einstellen würde - nicht dazu führen, die besonderen Verhältnisse und daraus sich ergebenden Anforderungen des Polizeirechts aus den Augen zu verlieren.

Eine bemerkenswerte Tatsache soll vorab erwähnt werden: Einerseits beschäftigt sich in Deutschland das polizeirechtliche Schrifttum ausführlich mit der Adäquanztheorie, während sich in der Praxis kaum ein Echo findet. Andererseits schweigt in der Schweiz die Polizeirechtswissenschaft über die Theorie, hingegen befaßt sich die Praxis eingehend mit ihr.

1. DIE ANHÄNGER DER ADÄQUANZTHEORIE IM SCHRIFTTUM

In der deutschen Lehre vertritt Münzel die Adäquanztheorie. Bezüglich der Art der Generalisierung schließt er sich der Traeger'schen Fassung an unter Ablehnung der Fassung von Rümelin und von Kries¹⁾. Scholz-Forni trennt zwischen der Verursachung eines polizeiwidrigen Erfolges durch Verletzung einer besonderen Norm und ohne eine solche. Im ersten Fall kommt es nach seiner Meinung auf ein Verschulden nicht an, dafür aber verwendet er die Theorie der adäquaten Verursachung. Damit soll "in Fällen äußerst ungewöhnlicher Verknüpfung des Geschehens" die Verantwortlichkeit verneint werden²⁾.

Bock³⁾ vertritt die Theorie mit der Begründung, daß einerseits wegen der Notwendigkeit eines allgemeinen Maßstabs nur die generalisierenden Theorien in Frage

1) Münzel, op. cit., 35/36; ebenfalls für die Fassung Traegers; Semle, op. cit., 12. Zu den drei Arten der subjektiv-adäquaten Verursachung (von Kries), der Theorie der objektiv-nachträglichen Prognose (Rümelin) und der Mittelmeinung der ex ante vom "einsichtigsten Menschen" erkennbaren Umstände (Traeger) vgl. oben Seite 75 ff.

2) Scholz-Forni, Verantwortlichkeit, 36. Auf die "Schwierigkeit der Formulierung" der Theorie will er nicht näher eingehen.

3) Bock, op. cit., 14; vgl. im übrigen oben Seite 86 f.

kämen, daß aber andererseits der konkrete Einzelfall nicht außer Betracht gelassen werden solle. Die von Kries'sche Fassung lehnt er ab, da im Polizeirecht "jede Berücksichtigung subjektiver Momente entfällt" ¹⁾. Er schließt sich sowohl Rümelin als auch Traeger an.

Jaschkowitz ²⁾ will "zur Vermeidung unbilliger Härten und zu schwerer Belastung des Einzelnen" nur diejenige Bedingung gelten lassen, "die generell geeignet war, einen polizeiwidrigen Zustand herbeizuführen." Exner ³⁾ meint, daß "unabweisbare Folge aus der Haftung ohne Rücksicht auf ein Verschulden" die Geltung der Adäquanztheorie sei.

Sämtliche Vertreter der Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges bejahen für das Vorhandensein einer Kausalkette die Adäquanztheorie ⁴⁾ ohne Angaben darüber, welcher Art sie den Vorzug geben ⁵⁾. Weiterhin wird die Adäquanztheorie ohne nähere Begründung von einigen Autoren vertreten, die andererseits die Theorie vom unmittelbaren Verhalten befürworten ⁶⁾. Dies ist jedoch nicht miteinander vereinbar. Adäquanz liegt nicht nur dann vor, wenn unmittelbares Verhalten in Frage steht. Vielmehr kann auch mittelbare Verursachung

1) Op. cit., 35.

2) Jaschkowitz, op. cit., 894.

3) Exner, op. cit., 11/12. Er lehnt jedoch jede der drei Ausgestaltungen ab und verwendet die negative Formulierung des Zivilrechts. Die Ursächlichkeit ent falle, wenn der Eintritt des Erfolges außer aller Wahrscheinlichkeit lag.

4) Kerstiens, Polizeirecht, 44; ders., Kritik, 311; Klausener - Kerstiens - Kempner, op. cit., Erl. IV 2 a zu § 19 pr PVG; Wipprecht, op. cit., 28; Franzen, op. cit., 101, 164 und 167, vgl. oben Seite 113 Anm. 3; Troitzsch, Polizeipflicht, 30; E. E. Schneider, op. cit., Anm. 2 zu § 12 hess PolG; von Turegg - Kraus, op. cit., 104.

Scupin (Das Polizeirecht, 641 Anm. 2) behauptet, die Adäquanztheorie gelte im Polizeirecht "heute unbestritten"; dazu meint selbst Moser (op. cit., 144 Anm. 2) als Anhänger der Theorie, diese Ansicht "dürfte zu optimistisch sein". Vgl. zu der Frage der "herrschenden Meinung" andererseits oben Seite 116 Anm. 1.

5) Ebenso ohne Begründung: Bruno Grüttner (Zum Begriff der Ursache im Sinne des § 19 pr PVG), RuPrVBl. 54 (1933), 1034; von Stechow, op. cit., 45 ff., 48; Sonnen, op. cit., 38; Kirchberg, op. cit., 36 Anm. 1; Hans Schneider, op. cit., 241, vgl. zu beiden oben Seite 102 Anm. 2; Berner, op. cit., Anm. 2 zu Art. 9 PAG und Ernst Emmerig, Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern, Köln - München - Stuttgart 1954 (Gesetz), Anm. 3 zu Art. 9 PAG.

6) Es wird verwiesen auf die Angaben oben Seite 116 Anm. 4.

einen Erfolg adäquat herbeiführen; außerdem braucht eine unmittelbare Verursachung nicht adäquat zu sein, wenn dies auch im Regelfall zutrifft. Adäquate Verursachung und unmittelbare Verursachung sind weder identisch, noch überschneiden sie sich ¹⁾.

Der entschiedenste Verfechter der Adäquanztheorie ist Moser. Da das Verursachungsprinzip gelte, müsse die Adäquanztheorie zum Ausgleich von Härten dienen ²⁾. Die Theorie sei nicht auf das Verschulden zugeschnitten, das zeige sich schon daran, daß sie bei der Verschuldenshaftung in den anderen Rechtsgebieten "überflüssig" ³⁾ sei. Moser lehnt die Fassungen von Exner, von Kries, Rumein und Traeger ab. Seine eigene stufenweise entwickelte Formel führt zu folgendem Ergebnis:

"Ursache im Sinne des Polizeirechts ist eine Begebenheit, die den polizeiwidrigen Erfolg nach der allgemeinen Erfahrung des Lebens mit Wahrscheinlichkeit herbeiführt. Das Urteil, ob eine Begebenheit ... einen solchen Erfolg herbeiführt, obliegt dem zuständigen Vollzugsbeamten. Diesem Wahrscheinlichkeitsurteil sind zugrunde zu legen die zur Zeit der Tat im Einzelfall vorliegenden und dem zuständigen Vollzugsbeamten bekannten oder erkennbaren Umstände" ⁴⁾.

Hiermit löst er die Grundfälle wie folgt: Im Demonstranten-Fall sind Störer nur die zweiten Personen. Das Verhalten der ersten mache Gefährdungen nicht wahrscheinlich. Im Reklame-Fall sei - je nach den örtlichen und zeitlichen Verhältnissen - die Verkehrsstockung adäquat-wahrscheinliche Folge des Verhaltens des Ausstellers. Dies treffe regelmäßig zu ⁵⁾. "Logisch einwandfrei" ⁶⁾ sei der Gaststätten-Fall zu lösen; Das Verhalten der Soldaten sei adäquat-wahrscheinliche Folge des Verhaltens der Gastwirte. Im Borkumlied-Fall ist Störerin auch die

1) BGH NJW 1957, 1475, Urteil vom 2. 7. 1957; OLG Nürnberg OLGZ 1965, 152, Urteil vom 15. 10. 1964;

BGE 36 II 18, 22, Urteil vom 29. 1. 1910; Bürgi, op. cit., 106/107 und Arnold Gmür, op. cit., 63.

2) Moser, op. cit., 165.

3) Moser, op. cit., 167.

4) Op. cit., 187.

5) Infolge der "Zwangswirkung der Reklame" (a. a. O., 192) sei die Verkehrsbehinderung erkennbar und voraussehbar.

6) Op. cit., 194. Die "Logik" charakterisiert sich selbst: "Die Abgabe von unbegrenzten Mengen hochprozentigen Alkohols an Neger, deren labiler Charakter (!) und leichte Enthemmbarkeit durch Alkoholgenuß (!) allgemein bekannt ist, macht ihre Ausschreitungen nach der Erfahrung des Lebens ... zur Wahrscheinlichkeit."

Kapelle, weil der Eintritt des polizeiwidrigen Erfolges wahrscheinlich gewesen sei.

Das festgestellte Schweigen der schweizerischen Wissenschaft zur Adäquanztheorie läßt zwei Deutungen zu:

Es kann zum einen ausgelegt werden als qualifiziertes Schweigen im Sinne einer Bejahung der Geltung der Adäquanztheorie. Hierfür spricht die Tatsache, daß die Theorie im Zivil-, Straf- und sonstigen öffentlichen Recht gilt. Es könnte daher "selbstverständlich sein", von der Geltung der Theorie für den Verhaltensstörer auszugehen, ohne daß dies einer ausdrücklichen Hervorhebung bedurfte.

Zum anderen ist die Auslegung möglich, daß das Schweigen ein einfaches ist mit der Folge der Ablehnung der Theorie. Für diese Deutung spricht erstens das Abstellen der schweizerischen Lehre auf Kriterien, die mit der Adäquanz eines Verhaltens keine Berührungspunkte haben ¹⁾ und zweitens die normale Bedeutung des Schweigens als Verneinung. Aus beiden Gründen erscheint der Schluß gerechtfertigt, daß das schweizerische Polizeirecht in der Wissenschaft die Adäquanztheorie für eine Bestimmung des Verhaltensstörers nicht vertritt. Dazu kommt, daß für die Gegenmeinung mehr sprechen müßte als die Geltung der Theorie in den anderen Rechtsdisziplinen. Das Vorliegen eines qualifizierten Schweigens als Ausnahme würde Umstände verlangen, aus denen sich eine eindeutige Folgerung ziehen lassen könnte. Dies ist nicht der Fall.

II. DIE PRAXIS UND DIE ADÄQUANZTHEORIE

Das pr OVG hat in der deutschen Rechtsprechung vereinzelt die Adäquanztheorie vertreten. Im Endurteil vom 19.11.1903 wird ausgeführt, daß der polizeiwidrige Zustand "obwohl er (scil. der Bergungsverein) alles getan hat, was er nach menschlicher Voraussicht und menschlichen Kräften tun konnte und tun mußte, durch höhere Gewalt und von seinem Willen unabhängige, nicht vorherzusehende und vorhergesehene, ihm also nicht anzurechnende Zufälle verursacht worden ist" ²⁾.

1) Dazu vgl. unten § 14 I.

2) PrOVGE 44, 418, 426, vgl. oben Seite 88 f.; ebenso verstehen das Urteil im Sinne der Adäquanztheorie: Bock, op. cit., 45; Kerstiens, Kritik, 311, vgl. oben Seite 89 Anm. 7; ders., Polizeirecht, 43 und Moser, op. cit., 160/161.

Das Urteil vom 11. 3. 1926 ¹⁾ bemerkt: "... vielmehr ist zwischen seinem Tun und dem eingetretenen Zustand eine ... Beziehung zu fordern, die nach den im Verkehrsleben üblichen und berechtigten Anschauungen es rechtfertigt, den Zustand gerade auf seine Handlung zurückzuführen."

Neuere verwaltungsgerichtliche Urteile scheint es nicht zu geben, zumal Moser ²⁾ ausführt: "Entscheidungen jüngeren Datums, die nach außen hin erkennbare Anhaltspunkte für die Forderung nach adäquatem Kausalzusammenhang liefern, sucht man vergebens." Diese Feststellung überrascht umso mehr, als Moser allen Anlaß gehabt hätte, solche Urteile aufzuspüren, welche die von ihm vertretene Theorie auch in die Praxis umsetzen.

Die Suche nach entsprechenden Urteilen und deren Auswertung wird allerdings einen besonderen Gesichtspunkt aufzeigen. Es geht nämlich in den folgenden Entscheidungen nicht um den Störerbegriff, sondern um denjenigen der polizeilichen Gefahr. Da die Urteile für die Kritik an der Theorie wichtig sind, sollen sie anschließend erörtert werden.

Der VGH Hessen spricht im Urteil vom 25. 1. 1952 ³⁾ davon, daß öffentliche Tanzveranstaltungen mögliche Gefahren "allgemein in sich bergen." In einem Kiosk-Fall hat der württ.-bad VGH ⁴⁾ die Meinung vertreten, daß sich ein Auf-

-
- 1) ProVGE 82, 343, 347; im gleichen Sinne: ProVGE 82, 351, 359, Urteil vom 29. 9. 1927 ("berechtigte Anschauungen des Lebens") und ProVGE 83, 255, 262, Urteil vom 28. 6. 1928 ("im Verkehrsleben übliche und gerechtfertigte Anschauungen").
 - 2) Moser, op. cit., 163.
 - 3) VGH Hessen DVBl. 1953, 336. In einem anderen Gaststätten-Fall entschied der württ.-bad VGH (VerwRspr. 10, 993, Urteil vom 14. 1. 1958), daß sich wiederholende Störung der Nachtruhe erfahrungsgemäß geeignet sei, gesundheitsschädlich zu wirken. Das OVG Lüneburg spricht im Urteil vom 15. 4. 1959 (DÖV 1960, 143) von "hinreichender Wahrscheinlichkeit" hierfür. Im Gaststätten-Fall des OVG Münster (VerwRspr., 8, 362, Urteil vom 1. 6. 1955) war es zu Störungen gekommen, "mit ihrer Wiederholung mußte gerechnet werden."
 - 4) Württ.-bad VGH VerwRspr., 6, 71, Urteil vom 7. 2. 1952. Das VG Bremen (BB 1957, 237, Urteil vom 13. 12. 1956) war in einem Reklame-Fall der Ansicht, daß Blinklichtwerbung "generell geeignet ist, die Leichtigkeit des Verkehrs zu beeinträchtigen." Das VG Düsseldorf hat im Urteil vom 29. 4. 1952 (DVBl. 1952, 663) festgestellt, daß Lautsprecherwerbung auf Straßen "erfahrungsgemäß" zu Personenansammlungen führt. Die Unzuläs-

stellungsverbot nur in solchen Fällen rechtfertigen läßt, "in denen bei Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände eine ernstliche Behinderung des Verkehrs nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden muß."

Die Frage, ob eine gewerbliche Anlage erhebliche Gefahren für die Nachbarn herbeiführen kann, ist nach dem Urteil des BVerwG vom 29.11.1955 nach "allgemeiner Lebenserfahrung" zu beurteilen¹⁾.

In der schweizerischen Praxis führt der Regierungsrat des Kantons Aargau im Entscheid vom 7.10.1946²⁾ in einem Kiosk-Fall aus, es sei "eine Erfahrungstat-sache, daß durch das Stehenbleiben der Passanten Verkehrsstauungen bewirkt werden ... was bekanntermaßen zu schweren Kollisionen führen kann." In einem Automaten-Fall³⁾ wird die Bewilligung eines Warenautomaten abgelehnt, weil er "erfahrungsgemäß und namentlich in den kritischen (scil. Verkehrs-) Spitzenzeiten zu Störungen Anlaß gibt."

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 142

sigkeit eines Werbeschildes richtet sich gemäß dem Urteil des OVG Lüneburg vom 17.12.1959 (BB 1960, 645) nach der "Wahrscheinlichkeit von Verkehrs-gefahren." Außenwerbung ist nach dem Urteil des OVG Münster vom 1.7.1964 (DÖV 1964, 786) dann unzulässig, wenn sie "nach verständigem Ermessen den Eintritt eines Schadens mit Wahrscheinlichkeit erwarten läßt."

- 1) BVerwG DVBl. 1956, 164 = NJW 1956, 482. "Nicht zu besorgen ist dies" nach den Umständen im ebenfalls gewerberechtlichen Urteil des württ.-bad VGH vom 16.10.1958, VerwRspr., 11, 739.
- 2) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1947, 272, 273/274. Weiterhin heißt es in dessen Entscheid vom 3.3.1950, AGVE 1950, 444: "Auf diese kurze Entfernung wirkt sich der erfahrungsgemäß mit dem Betrieb eines Hundezwingers verbundene Lärm voll aus."
- 3) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1958, 210, 211, aus einem Entscheid vom 28.3.1958. Die Ausführung eines Bauvorhabens wird im Entscheid vom 11.9.1959 (AGVE 1959, 239, 240) "wegen der zu befürchtenden störenden Einwirkungen" verweigert.

In mehreren Entscheidungen wird festgestellt, daß eine Gefahr vorliegt, ohne daß angegeben wird, nach welchen Kriterien deren Vorliegen geprüft wurde, so im Entscheid vom 20.8.1955, AGVE 1955, 252 (Automaten-Fall), im Entscheid vom 13.4.1956, AGVE 1956, 244 (Tankstellen-Fall) und im Entscheid vom 21.12.1962, AGVE 1963, 273 (Automaten-Fall).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt spricht im Plakat-Fall davon, ob das Plakat "geeignet" ist, die öffentliche Ruhe und Ordnung zu stören ¹⁾. Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen stellt im Entscheid vom 10. 8. 1960 ²⁾ fest: "... dazu kommt der Lärm der zu- und weg-fahrenden Motorfahrzeuge als adäquate Folge des Minigolfbetriebes."

Schließlich hat das Bundesgericht in einem Kiosk-Fall hierzu Stellung genommen. Im Urteil vom 19. 2. 1964 ³⁾ wird die Einwendung angeführt, das sich der Regierungsrat von der als Erfahrung ausgegebenen Vermutung leiten lasse, zahlreiche Kunden würden die betreffende Vorschrift mißachten. Hierzu bemerkt das Bundesgericht: "Diese Einwendung schlägt nicht durch. Es liegt im Wesen der Sache, daß die Behörden sich bei der Anordnung baulicher und polizeilicher Maßnahmen zur Verhütung von Verkehrsgefahren in weitem Maße auf Erfahrungssätze stützen müssen" ⁴⁾.

III. DIE KRITIK AN DER ADÄQUANZTHEORIE

1. Der Gefahrbegriff

Die Betrachtung der angeführten Urteile und Verwaltungsentscheide zeigt, daß sich alle mit der Frage beschäftigen, ob eine Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliegt. Besteht im Einzelfall noch keine Störung der öffentlichen Ordnung, so muß geprüft werden, ob eine Gefahr für sie besteht. Bei der präventiven Gefahrenabwehr muß der den Sachverhalt beurteilende Polizeibeamte ein noch nicht eingetretenes, aber bevorstehendes Ereignis - den Schadenseintritt - würdigen. Vom konkreten Einzelfall auszugehen ist ihm verwehrt, weil die tatsächliche Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist.

-
- 1) Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt BJM 1955, 208, 210, Urteil vom 4. 4. 1955, vgl. oben Seite 121 f.
 - 2) Regierungsrat des Kantons St. Gallen GVP 1960, 146, 147.
 - 3) BGE 90 I 1, 5 = AGVE 1964, 212.
 - 4) A. a. O., 6: "Die Möglichkeit, daß manche Fahrer es unter diesen Umständen mit der Einhaltung der Parkierungsvorschriften weniger genau nehmen, ist deshalb nicht von vornherein von der Hand zu weisen", a. a. O., 7. Ob wirklich eine ernst zu nehmende Gefährdung vorliegt, ist eine Frage des Ermessens, dessen Grenzen nach Ansicht des Bundesgerichts im vorliegenden Fall nicht überschritten worden sind, a. a. O., 8.

Der Polizeibeamte muß also naturgemäß von den Erfahrungen des Lebens ausgehen und hierbei sein eigenes Erfahrungswissen zu Rate ziehen, wenn er untersucht, ob eine polizeiliche Gefahr vorliegt. Dies kann er nur an Hand von generalisierenden und vom Einzelfall losgelassen Kriterien beurteilen. Dies sind etwa die allgemeinen Erfahrungen des Lebens, die Wahrscheinlichkeit und die Erfahrung des Beamten in ähnlichen - bereits abgeschlossenen - Fällen, deren er sich zum Ziehen vergleichender Betrachtungen bedienen kann.

Aus diesen Gründen kann daher Moser durchaus zugestimmt werden, wenn er ausführt ¹⁾, daß diese Methode dem Grundgedanken der Adäquanztheorie entspricht ²⁾. Folglich ist es auch verständlich, wenn die deutsche und die schweizerische Praxis auf Gesichtspunkte abstellen, wie z.B. "erfahrungsgemäß", "Erfahrungstatsache", "hinreichende Wahrscheinlichkeit" und schließlich expressis verbis "adäquate Folge" ³⁾. Unser Problem jedoch ist die Geeignetheit der Theorie für die Bestimmung des Verhaltensstörers. Das bisherige Ergebnis ist zu einer Bejahung der Frage aus folgenden Gründen nicht zu gebrauchen.

Voraussetzung für ein polizeiliches Einschreiten ist entweder eine bereits eingetretene Störung der öffentlichen Ordnung oder die Gefahr des Eintretens einer solchen. Wird das Vorliegen einer Gefahr - auf Grund allgemeiner Erwägungen - bejaht, dann ist grünes Licht für ein Einschreiten der Polizei gegeben. Hiermit ist aber erst entschieden, daß die Polizei überhaupt tätig werden darf. Damit steht aber noch nicht fest, gegen wen sich ihre Maßnahmen richten können.

Der Formulierung kann beispielsweise - je nach den Umständen - durchaus zugestimmt werden, es sei "eine Erfahrungstatsache, daß durch das Stehenbleiben der Passanten Verkehrsstauungen bewirkt werden" ⁴⁾. Unentschieden ist aber hier nach immer noch, wer Störer der öffentlichen Ordnung ist, gegen wen also die Polizei vorgehen darf. Vom Vorliegen einer polizeilichen Gefahr kann daher nicht

1) Moser, op. cit., 170.

2) Dies geben auch Drews - Wacke zu (op. cit., 222/223). Sie vermuten, daß die Vertreter der Adäquanztheorie hiervon unbewußt beeinflusst werden. Dem kann insbesondere für diejenigen Anhänger zugestimmt werden, die ohne nähere Begründung die Theorie vertreten und darüber schweigen, worauf sich deren Geltung beziehen soll. Dies ist der weitaus überwiegende Teil der deutschen Vertreter, vgl. oben Seite 116 Anm. 4 und Seite 139 Anm. 4 und 5.

3) Vgl. oben Seite 142 ff.

4) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1947, 272, 273/274, Entscheid vom 7.10.1946.

auf die Störer-Eigenschaft einer bestimmten Person geschlossen werden ¹⁾).

Die Adäquanztheorie ist sonach in der Lage, den Begriff der polizeilichen Gefahr ²⁾ zu bestimmen. Für den Verhaltensstörer ist hieraus jedoch nichts abzuleiten.

2. Die Berücksichtigung der subjektiven Seite

Die ursprüngliche Fassung der Adäquanztheorie des Begründers, von Kries, stellte ab auf die dem Handelnden bekannten und erkennbaren Umstände. Diese Sicht ausschließlich vom Handelnden her bedeutet die weitestgehende Berücksichtigung subjektiver Momente ³⁾, die für das Polizeirecht keine Rolle spielen dürfen. Zu Recht haben sie daher Münzel, Exner und Moser abgelehnt.

Traeger geht vom "einsichtigsten" Menschen aus. Da der Handelnde diesen im besonderen Falle aber noch übertreffen könne, "so sind ferner vorauszusetzen auch diejenigen Bedingungen, die dem Täter zur Zeit der Begehung der Handlung bekannt waren" ⁴⁾. Der anfänglich eingenommene objektive Standpunkt ist hiermit wieder verlassen; Es wird die subjektive Einstellung des Handelnden berücksichtigt ⁵⁾. Es gilt daher das Gleiche für die Fassung Traegers wie für diejenige von Kries'. Das Abstellen auf die persönlichen Kenntnisse und die innere Einstellung ist mit dem Polizeirecht unvereinbar, das objektive Maßstäbe fordert. Dies übersehen die Autoren, welche die Fassung Traegers für den Verhaltensstörer übernehmen wollen ⁶⁾.

-
- 1) Auch Drews - Wacke (op. cit., 223) weisen darauf hin, daß diese Frage "von der Gefahr selbst durchaus zu trennen ist."
 - 2) Daher wird auch allgemein die polizeiliche Gefahr definiert als ein "Zustand, der nach verständigem Ermessen den Eintritt eines Schadens mit Wahrscheinlichkeit erwarten läßt", OVG Münster DÖV 1964, 786, Urteil vom 1. 7. 1964; Drews - Wacke, op. cit., 56 ff.; Heinz Alex Voigt, op. cit., 91 ff.; Schmid, op. cit., 37 ff.; Heinrich Müller, op. cit., 96 ff. und ausführlich Scholz (-Forni), Die polizeirechtliche Gefahr, VerwArch. 27 (1919), 1 ff. (Gefahr), 27 ff.
 - 3) Bürgi, op. cit., 86.
 - 4) Traeger, op. cit., 161.
 - 5) Arnold Gmür, op. cit., 36/37: "Subjektives Moment."
 - 6) Münzel, op. cit., 37; Semle, op. cit., 12 und Bock, op. cit., 35. Dessen gegen von Kries erhobener Vorwurf der Berücksichtigung subjektiver Momente gilt ebenso für Traeger.

Daher macht Hoffmann ¹⁾ der Adäquanztheorie mit Recht den Vorwurf, daß sie auf das - polizeirechtlich unerhebliche - Verschulden zugeschnitten ist. Wenn Moser ²⁾ das Gegenteil behauptet mit der Begründung, die Adäquanztheorie sei in den anderen Rechtsgebieten bei der Verschuldenshaftung überflüssig, dann mißversteht er entweder Hoffmann, oder er begeht einen Fehlschluß:

Moser selbst will nämlich Exner "unbedenklich zustimmen" ³⁾, wenn dieser die Geltung der Adäquanztheorie ableitet als "unabweisbare Folge aus der Haftung ohne Rücksicht auf ein Verschulden" ⁴⁾. Genau diesen Sachverhalt aber meint Hoffmann mit seiner Kritik des "Zuschnitts" auf das Verschulden: Da dessen Berücksichtigung ausgeschlossen ist, muß insoweit die Adäquanztheorie an dessen Stelle treten, es "ersetzen". Der Fehlschluß Mosers liegt sonach darin, daß von der Tatsache der Überflüssigkeit der Theorie bei der Verschuldenshaftung gerade nicht auf das Polizeirecht geschlossen werden kann ⁵⁾.

Moser versucht, dem Vorwurf der Berücksichtigung subjektiver Momente zu entgehen. Er stellt fest, daß sich der Grad der Wahrscheinlichkeit "je nach der Lage des Blickfeldes und der Persönlichkeit des Beurteilenden" ändern kann ⁶⁾. Das Wahrscheinlichkeitsurteil vom Standpunkt des Handelnden aus lehnt er ab. Vielmehr soll der "zuständige einzelne Polizeibeamte" das Urteil vornehmen, der als erster das Problem zu lösen habe. Daher sei es "naheliegend, ihm die Abgabe des Wahrscheinlichkeitsurteils aus seiner Sicht (!) zu überlassen" ⁷⁾.

Damit ist das Problem verlagert vom Handelnden auf den Beurteilenden. Fraglich

1) Hoffmann, op. cit., 25 und 55.

2) Moser, op. cit., 167.

3) Moser, op. cit., 165.

4) Exner, op. cit., 11/12.

5) Vielmehr ist der Umkehrschluß richtig, den Ule - Rasch (op. cit., Erl. I 2 c zu § 19 (pr) PVG, RNr. 11) ziehen: Der Gedanke der Adäquanz führt zu keinen befriedigenden Ergebnissen, "das beruht darauf, daß die Lehre von der adäquaten Verursachung die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht vor allem in den Fällen ausschließen will, in denen eine schuldlose Haftung nicht zumutbar erscheint. Dieser Gesichtspunkt ist dem Polizeirecht fremd. Deshalb ist er polizeirechtlich unerheblich."

6) Moser, op. cit., 179; vgl. Traeger (op. cit., 118): "Dem einen kann etwas sehr wahrscheinlich sein, was dem anderen höchst unwahrscheinlich ist."

7) Moser, op. cit., 183.

aber ist, ob es mit dieser Verlagerung gelöst ist ¹⁾. Das ist nicht der Fall: Das Absehen von der individuellen Einstellung des Handelnden heißt nur, daß von dessen subjektiver Ansicht nicht ausgegangen wird. Soll nun abgestellt werden auf eine andere Person (den "zuständigen Polizeibeamten"), dann wird doch der Teufel mit Beelzebub ausgetrieben! Denn dem einen Polizeibeamten kann etwas sehr wahrscheinlich, einem anderen dasselbe sehr unwahrscheinlich sein, je nach der Ängstlichkeit, Vorsicht und Zurückhaltung einerseits oder der Großzügigkeit, Zuversicht und dem Schneid andererseits. M. a. W.; Es bleibt beim individuellen, subjektiven Maßstab, der lediglich vom Handelnden auf den Beurteilenden verschoben wird. Worin bei derartiger Verlagerung der "objektive Beurteilungsmaßstab" liegen soll, ist nicht ersichtlich ²⁾.

Hierin zeigt sich wieder der fundamentale Unterschied zu den anderen Rechtsgebieten. Für das Zivilrecht kritisiert Guex ³⁾ mit scharfen und übertriebenen Worten die Theorie. Andererseits meint Guhl ⁴⁾, daß der "zweifellose Vorzug" der Theo-

- 1) Moser (op. cit., 184) ist dieser Ansicht: "Die Übertragung des Wahrscheinlichkeitsurteils auf den Polizeibeamten bringt vor allem den für das Polizeirecht wichtigen Vorteil mit sich, daß der Beurteilungsmaßstab objektiv gefaßt ist."
- 2) In Widerspruch zu seiner eigenen Meinung stehen zwei Äußerungen Mosers: Erstens das Zitat (a. a. O., 179, vgl. oben Seite 147), worin die subjektive Sicht des Beurteilenden (!) registriert wird. Zweitens folgende Aussage: "... womit jedoch nicht gesagt ist, daß die Verwaltungsgerichte an die Feststellungen des Polizeibeamten gebunden sind" (a. a. O., 183/184). Würde der Polizeibeamte objektiv die Störereigenschaft feststellen, dann gäbe es für den Verwaltungsrichter keine andere Feststellung.
- 3) Robert Guex, La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles, Diss. Lausanne 1904, 101/102: "D'abord elle a un nom qui sonne bien: 'causalité adéquate' on jurerait que cela signifie quelque chose; cela fleure les sciences exactes. Et comme, malgré cette apparente précision scientifique, son imprécision réelle la rend susceptible de toutes les applications; comme elle se prête avec une égale docilité aux solutions les plus opposées; comme il dépend du bon plaisir du juge de nommer la même cause adéquate ou inadéquate, sans que personne puisse y trouver à redire; comme elle fournit un habillement décent au vague de la pensée; enfin, pour varier la métaphore, comme sous son pavillon on pourra faire passer en toute sécurité les marchandises les plus suspectes, nous ne doutons pas qu'elle ne soit appelé à une brillante fortune." Im Ergebnis ebenso Häberlin, op. cit., 32.
- 4) Guhl, Untersuchungen, 72.

rie darin bestehe, daß sie "dem Richter vollkommen freie Hand läßt". Dem wird man für das Zivilrecht zustimmen können, insbesondere im Hinblick auf Art. 43 Abs. 1 und 49 Abs. 1 des schweizerischen OR ¹⁾.

Es ist für das Zivilrecht mit seiner Beurteilung ex post durch den Richter unschädlich, wenn dieser wertende Gesichtspunkte verwendet und ihm "freie Hand" gelassen wird. Anders ist es jedoch im Polizeirecht mit seiner Betrachtung ex ante. Hier müssen objektive Merkmale die allein entscheidenden sein, zumal es im Wesen der Polizei liegt, ausschließlich objektiv Störungen der öffentlichen Ordnung zu beseitigen ²⁾.

3. Die Generalisierung

Von den Gegnern der Adäquanztheorie wird ihr allzu starke Generalisierung vorgeworfen ³⁾. Auszugehen ist bei der Prüfung von der Fassung Rümelins als der allgemeinsten. Er nimmt zwar auch das in sein Wahrscheinlichkeitsurteil auf, "was dem Täter bekannt war oder bekannt sein konnte und mußte" ⁴⁾, er geht aber darüber hinaus und berücksichtigt "die durch den nachträglichen Verlauf aufgedeckten, aber zur Zeit der Tat schon vorliegenden Umstände, sowie das gesamte Erfahrungswissen der Menschheit" ⁵⁾. Hieraus erhellt, daß dies im Ergebnis zur Bedingungstheorie führt ⁶⁾. Die der Adäquanztheorie eigentümliche Generalisie-

-
- 1) Für das deutsche Recht ebenso; BGH NJW 1952, 1010, 1011, Urteil vom 24. 4. 1952; BGHZ 18, 286, 288, Urteil vom 17. 10. 1955, das die "Notwendigkeit einer wertenden Betrachtung" hervorhebt.
 - 2) Im Ergebnis ebenso; Schultzenstein, Handeln, 26 und Kraemer, op. cit., 184/185.
 - 3) Von Köhler, op. cit., 340/341; Hoffmann, op. cit., 55; Kießling, op. cit., 70; Hans Matthias Wolff, op. cit., 9; Schulz-Schaeffer, op. cit., 1910 und Samper, op. cit., Anm. IV zu Art. 9 PAG, RNr. 12.
 - 4) Rümelin, op. cit., 189. Da man für den zweiten Halbsatz formulieren kann: "oder infolge von Fahrlässigkeit unbekannt war", trifft insoweit auch die Fassung von Rümelin der Vorwurf der Berücksichtigung der subjektiven Seite, vgl. oben Seite 146 ff.
 - 5) Op. cit., 189. Daraus folgt, daß er "das gesamte Weltgeschehen berücksichtigen müßte", Bürgi, op. cit., 87; ebenfalls kritisch; Radbruch, op. cit., 41/42 und Häberlin, op. cit., 31.
 - 6) Dies übersieht Bock (op. cit., 35), der sich der Fassung Rümelins anschließt.

ung bestreitet Moser nicht ¹⁾. Er versucht sie zu rechtfertigen mit zwei Gesichtspunkten.

Einmal beschreibt er die Notwendigkeit der verallgemeinernden Beurteilung der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Da es sich dabei um den Gefahrbegriff handelt und nicht um denjenigen des Verhaltensstörers, ist das Notwendige hierzu oben unter 1. ausgeführt.

Zum anderen bestehe ein Übermaß an Generalisierung nicht: "Zu oft wird der einfache und naheliegende Gedanke nicht genügend beachtet, daß ein Verhalten überhaupt nur dann adäquate Ursache sein kann, wenn gerade das Verhalten des Einzelfalls den Erfolgseintritt wahrscheinlich macht" ²⁾.

Mit dem Bezug auf den "Einzelfall" wird der Eindruck erweckt, als ob damit die Generalisierung eingeschränkt würde. Es ist aber zu fragen, was "Wahrscheinlichkeit im Einzelfall" bedeuten soll. Moser kommt zu dem Ergebnis, daß dem Wahrscheinlichkeitsurteil zugrunde zu legen sind die vorliegenden und dem zuständigen Vollzugsbeamten bekannten oder erkennbaren Umstände ³⁾. Abgesehen von dem damit verbundenen Hinweis auf die subjektive Seite ist zu untersuchen, was "erkennbare" Umstände sind. Hier wird offenbar, daß Bezug genommen wird auf außerhalb des Einzelfalles liegende, allgemeine Merkmale. Denn die Erkennbarkeit ist nicht nur eine subjektive Angelegenheit des Betrachters, sondern auch seines allgemeinen Erfahrungswissens und seiner Fähigkeit, aus anderen Fällen Rückschlüsse zu ziehen.

Weiterhin ist das Moment der Wahrscheinlichkeit ein zusätzlicher Hinweis auf vom Einzelfall unabhängige und außerhalb seines Bereiches liegende Umstände. Dies wurde bereits zum Gefahrbegriff dargelegt und hat sich dort als unschädlich erwiesen. Die Wertung, die eine "gewisse Unbestimmtheit der Entscheidung im Gefolge hat" ⁴⁾, ist bei dem Begriff der Gefahr als in der Natur der Sache liegend unvermeidlich. Folgender Gedankengang beantwortet die Frage, ob für den Verhaltensstörer dasselbe gelten kann:

Die Gefahr für die öffentliche Ordnung hat ihren Bezug zwingend zur Allgemeinheit. Dagegen bezieht sich die Verhaltensstörer-Eigenschaft notwendig auf den Einzelnen und dessen Rechte. Rechtfertigt sich die Generalisierung vom Standpunkt

1) Moser, op. cit., 166 ff.

2) Op. cit., 172.

3) Op. cit., 187.

4) Moser, op. cit., 172.

der Allgemeinheit aus, so ist bei der Bestimmung des Verhaltensstörers ihre Berücksichtigung ausgeschlossen. Dieses Korrelat ist nötig, weil es um die Inanspruchnahme des Einzelnen geht. Dessen Rechte können nur gewahrt werden, wenn allein auf den Einzelfall und dessen besondere Verhältnisse eingegangen wird.

Die verschiedene Sicht, aus der die Begriffe betrachtet werden müssen, führt so-nach zu einem Umkehrschluß, verbunden mit einem argumentum a fortiori: Wenn es schon als in der Natur der Sache liegend unentbehrlich ist, für den Begriff der Gefahr generelle Merkmale zu verwenden, dann muß umso mehr der Begriff des Verhaltensstörers umgekehrt streng vom Einzelfall her beurteilt werden.

Zu welchen Ergebnissen eine derartige Generalisierung führt, zeigen die folgenden Beispiele.

4. Die nicht lösbaren Fälle

Hurst bildet als Gegner der Adäquanztheorie folgendes Beispiel:

Auf seinem an einer Kreuzung gelegenen Acker richtet ein Bauer eine in der Gegend übliche Baumschule ein und pflanzt junge Bäume. Die heranwachsenden Bäume hindern die Sicht an der Kreuzung, und es entsteht eine Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs ("Baumschulen-Fall").

Das Verhalten des Bauern ist nicht nur geeignet, eine polizeiliche Gefahr herbeizuführen, es liegt sogar "im normalen Verlauf der Dinge" ¹⁾. Nach der Adäquanztheorie ist der Bauer also Verhaltensstörer. Moser ²⁾ bejaht dessen Störereigenschaft. Die Bedenken Hursts gegen eine Inanspruchnahme des Bauern - ihm unter Ausschluß einer Entschädigung zu gebieten, die Bäume abzuholzen und Feldfrüchte anzupflanzen - versucht er mit einer petitio principii zu entkräften. Die Frage, ob die Ausübung eines Rechtes, hier des Eigentums, die polizeiliche Verantwortlichkeit ausschließen könne, verneint er, denn die Polizei greife bei der Inanspruchnahme des Störers nicht in dessen Grundrechte ein, sondern weise ihn lediglich in seine Schranken.

Voraussetzung für die Richtigkeit der Argumentation wäre aber, daß der Bauer Störer ist. Die Kardinalfrage jedoch, ob der Bauer Störer sein kann, wenn er sich

1) Hurst, op. cit., 57/58.

2) Moser, op. cit., 155/156.

in der Ausübung seines Eigentums befindet, wird nicht erörtert. Wäre der Bauer Verhaltensstörer, dann würde die Argumentation Mosers schlüssig sein. Da er diese Eigenschaft aber unterstellt, enthält sein Gedankengang ein *petitio principii*.

Zwei weitere Fälle führen Drews - Wacke an ¹⁾:

Von einer Ruine gehen keine Gefahren aus ²⁾. Unbefugte betreten das Grundstück und gefährden sich und andere. Deren Verhalten ist voraussehbar und entspricht der Erfahrung ("Ruinen-Fall").

Die Ehefrau überrascht ihren Mann mit der Hausangestellten. Nach einer Auseinandersetzung verläßt sie mit vier Kindern das Haus. Dieses Verhalten war auf Grund ähnlicher früherer Vorkommnisse vorauszusehen, und die Obdachlosigkeit ist adäquat durch den Ehemann verursacht worden ("Hausangestellten-Fall").

In beiden Fällen sind also bei Verwendung der Adäquanztheorie Eigentümer und Ehemann Verhaltensstörer und können von der Polizei in Anspruch genommen werden. Beide sind jedoch richtiger Ansicht nach nicht Verhaltensstörer; Im ersten Fall bewegt sich der Eigentümer im Rahmen seines Eigentums - dasselbe gilt für den Bauern im Baumschulen-Fall - und im zweiten Fall wird durch das Verhalten des Ehemannes die Öffentlichkeit nicht berührt ³⁾.

Schließlich führt die Generalisierung in den Tankstellen-, Kiosk- und Reklame-Fällen zu keinen billigenwerten Ergebnissen. Liegen in concreto die Verhältnisse so, daß mit der Störung des Verkehrs gerechnet werden muß, dann ist mit der Bejahung der polizeilichen Gefahr immer auch die Verhaltensstörer-Eigenschaft des Tankstellen-, Kiosk- oder Laden-Besitzers festgestellt. Denn "adäquat-wahrscheinliche Folge" seines Verhaltens ist die Störung des Verkehrs. Zu der Frage, ob sich der Betreffende im Rahmen eines ihm zustehenden Rechts bewegt, würde man gar nicht vorstoßen.

Die mit der Adäquanztheorie notwendig verknüpfte Generalisierung verhindert das erforderliche Eingehen auf die konkreten Umstände des Einzelfalles.

-
- 1) Drews - Wacke, op. cit., 224 und 225. Wenn auch deren Ergebnis mit dem obigen übereinstimmt, kann ihrer Begründung nicht gefolgt werden, vgl. oben Seite 126 ff.
 - 2) Diese Annahme ist notwendig; andernfalls würde ein Fall der Zustandsstörung vorliegen, vgl. oben Seite 43 Anm. 5.
 - 3) Zur näheren Begründung muß auf § 18 III der Arbeit verwiesen werden.

5. Die Adäquanztheorie als Haftungstheorie

Oben ¹⁾ wurde ausgeführt, daß die Adäquanztheorie heute nicht mehr eigentlich als Kausalitätstheorie betrachtet wird. Vielmehr geht es um die Frage der Haftungsbeschränkung, der Zurechenbarkeit eines Erfolges und der Zumutbarkeit des Einstehens für einen solchen. Hieraus ergeben sich die letzten Bedenken gegen die Adäquanztheorie.

Diese Kriterien entsprechen typisch zivilrechtlichen Erwägungen ²⁾. Bei der Frage des Interessenausgleichs zwischen Schädiger und Geschädigtem spielen diese subjektiven Momente mit Recht eine Rolle. Hingegen ist das Verhältnis des Einzelnen zum Staat ein anderes. Hier steht im Vordergrund die Frage nach der Freiheit des Einzelnen einerseits und seinen Pflichten der Allgemeinheit gegenüber andererseits. Da der Einzelne wissen muß, bis zu welchen Grenzen er sich ordnungsgemäß verhält und wann er diese Grenzen überschreitet - und damit in seine Schranken zurückverwiesen werden muß -, sind objektive und eindeutige Maßstäbe allein mit der Rechtssicherheit vereinbar und der Beziehung angemessen.

Der oft für die Adäquanztheorie vorgebrachte Gesichtspunkt, daß Härten wegen des Verursachungsprinzips beseitigt oder gemildert werden müßten, erweist sich dann als überflüssig, wenn dem Einzelnen bei seiner Inanspruchnahme nichts von seinen Rechten genommen wird.

Die Adäquanztheorie ist nach allem zwar geeignet, den Begriff der polizeilichen Gefahr zu umreißen; für eine Begriffsbestimmung des Verhaltensstörers ist sie jedoch nicht tauglich.

1) Seite 84 ff.

2) Ausführlich dazu: Hurst, op. cit., 64 ff.

I. DER INHALT DER THEORIE

Der bislang einzige Vertreter der Theorie in der Wissenschaft ist Hurst, der sie entwickelt hat. Er verwendet den Begriff der "Gefahrengrenze", versteht hierunter - im Gegensatz zu den Vertretern der Theorie vom unmittelbaren Verhalten - jedoch: "Die Gefahrengrenze ist dann überschritten, wenn innerhalb einer Gefahrenlage ein Umstand von der Bedeutung hervortritt, daß das Normalmaß der für eine solche Umgebung bestehenden Zustände übertroffen wird" ¹⁾.

Unter dem "Normalmaß der bestehenden Umstände" versteht er den im Zivil- und Strafrecht entwickelten Begriff des sozialadäquaten Verhaltens ²⁾. Jedoch sei die "Typizität des menschlichen Verhaltens kein selbständiger Begriff" ³⁾. Die im Zivilrecht entwickelten Bewertungsmaßstäbe seien ungeeignet. Im Polizeirecht sei diese Typizität "vom Gedanken des Gleichgewichts aller Umstände bestimmt" ³⁾. Hurst kommt zu folgendem Ergebnis: "Die rechtlich erhebliche Ursache ... ist in demjenigen Umstand zu sehen, der durch die ihm eigene Gefahrentendenz das Normalmaß der in einer solchen Umgebung bestehenden ... Gegebenheiten übersteigt" ⁴⁾. Die Eigenschaft der Haftungsursache als "unmittelbare" wird nicht zeitlich oder räumlich verstanden, "sondern im Sinne der gegenständig und wesensgemäß der Gefahr nächsten Bedingung".

Widerhall in der Rechtsprechung hat die Theorie in einem Urteil des OVG Lüneburg ⁵⁾ gefunden, das die Theorie aber anders versteht:

1) Hurst, op. cit., 75 ff., 77.

2) Hierauf kann nicht näher eingegangen werden, vgl. zum Problem: Nipperdey, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht (Rechtswidrigkeit), NJW 1957, 1777 ff.; BGHZ 24, 21 = JZ 1958, 137, Urteil vom 4. 3. 1957; Hans Stoll, Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, 137 und Franz Wieacker, Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht (Rechtswidrigkeit), JZ 1957, 535 ff.

3) Hurst, op. cit., 80.

4) Op. cit., 81.

5) OVG Lüneburg DVBl. 1959, 475 = OVGE 14, 396, Urteil vom 27.11.1958.

Der Inhaber einer Tankstelle betreibt sein Gewerbe wie bisher. Der Straßenverkehr hat sich erhöht. Auf Grund der geänderten Verhältnisse wird heute die Sicherheit des Straßenverkehrs durch die zu- und abfahrenden Kraftfahrzeuge beeinträchtigt ("Tankstellen-Fall").

Das OVG Lüneburg hat die Verhaltensstörer-Eigenschaft des Tankstelleneinhabers verneint mit folgender Begründung: "Daß bestehende Zufahrten heute in viel größerem Umfange als bisher von auf den Kraftverkehr angewiesenen gewerblichen Betrieben in Anspruch genommen werden, macht deren Inhaber noch nicht zum Störer, solange sie und ihre Kraftfahrer bei der Ein- und Ausfahrt zum Grundstück die Vorschriften der StVO beachten oder sonst bei der Ausübung des Gewerbes sich im Rahmen dessen halten, was als mit den Belangen der Gemeinschaft vereinbar und damit 'sozialadäquat' anzusehen ist. Die in diesem Umfange legitime, d. h. von der Rechts- und Sozialordnung gebilligte Ausübung des in dem Betrieb einer Tankstelle liegenden Gewerbes wird nicht dadurch ordnungswidrig, daß der Straßenverkehr sich ... gesteigert hat."

II. DIE TAUGLICHKEIT DER THEORIE

1. Die Verwandtschaft mit anderen Theorien

Hurst hebt entscheidend auf die gegenständlich und wesensgemäß der Gefahr nächste Bedingung ab. Eine solche Bedingung kann jedoch nur dann "nächste" sein, wenn sie in unmittelbarer Beziehung zum Erfolg steht. Hurst spricht daher laufend von unmittelbarer Verursachung. Der Bezug zur Theorie vom unmittelbaren Verhalten liegt damit auf der Hand.

Die Merkmale des "Übersteigens" des Normalmaßes und des "Gleichgewichts aller Umstände" erinnern an die Binding'sche Gleichgewichtstheorie. Sozialtypisch ist nach Hurst ein Verhalten dann, wenn es "keine Störung der Gleichgewichtslage" herbeiführt. Sozialinadäquat ist also dasjenige Verhalten, das "gleichgewichtsverlagernd" ist und den Ausschlag für den Erfolgseintritt gibt. Die Grundlage der Theorie ist sonach dieselbe wie diejenige der Theorie von der ausschlaggebenden Bedingung.

Das "Überschreiten" der Gefahrengrenze will Hurst messen an der Sozialadäquanz. Es ist zwar richtig, diesen Begriff aus den anderen Rechtsgebieten nicht zu übernehmen, erforderlich aber wäre ein klarer Inhalt, wenn dieser Ausdruck fruchtbare

Verwendung finden sollte. Das Kriterium des "Normalmaßes" hat keinen solchen. Denn es fehlen Richtlinien dafür, wann das "Normalmaß" überschritten sein soll. Hurst gibt keine nähere Erläuterung zu diesem Begriff.

2. Die Theorie beim Zweckveranlasser

Hurst stellt fest, daß das Verhalten des Ausstellers die Gleichgewichtslage nicht stört und das Normalmaß nicht übersteigt ¹⁾. Folgerichtig müßte er dessen Verantwortlichkeit ablehnen. Um diese doch bejahen zu können, führt er den Begriff der "gesteigerten Kausalität" ²⁾ ein: Das Verhalten des Zweckveranlassers erscheine "nicht nur im landläufigen Sinne kausal", es bestehe vielmehr ein "unvermeidbarer und zwangsläufiger Kausalnexus". Der Zweckveranlasser werde daher bereits als Verursacher tätig. Für die "Notwendigkeit" und "Zwangsläufigkeit" genügt der Bezug auf die obigen Ausführungen ³⁾. Die Konstruktion ist nicht stichhaltig; außerdem ist sie eine Durchbrechung der von Hurst selbst vertretenen Ansicht, denn das Verhalten soll das Normalmaß gerade nicht übersteigen.

Wegender Zusammenhänge mit anderen Theorien ⁴⁾ und mangels eigener Präzision ist die Theorie vom sozialadäquaten Verhalten nicht in der Lage, den Verhaltensstörer zu bestimmen.

III. DER AUSGANGSPUNKT FÜR DAS WEITERE VORGEHEN

Wir stehen am Ende der Erörterung der bisher üblichen Begriffsbestimmungen des Verhaltensstörers. Es ist nun erwiesen, daß die Kausalitätstheorien nicht zum Ziel führen. Bei den beiden letzten Theorien hat sich gezeigt, daß "Adäquanz" und "Sozialadäquanz" deren Rahmen im Grunde sprengen ⁵⁾. Hursts "Normalmaß" ist

1) Hurst, op. cit., 84.

2) Op. cit., 87/88. Der Ausdruck ist irreführend: Mehr als kausal kann ein Verhalten nicht sein.

3) Vgl. Seite 128 f.

4) Daher wird sie als unnötig abgelehnt von Ule - Rasch (op. cit., Erl. A I 2 d zu § 19 (pr) PVG, RNr. 12) und von König (op. cit., Vorbem. II 2 b ee zu Art. 9 ff. PAG); im Ergebnis ebenso Moser, op. cit., 121 ff.

5) Schnur (op. cit., 2) behauptet, daß Hurst erkannt habe, daß keine Ursachentheorie sich eigne. Dem kann deswegen nicht zugestimmt werden, weil Hurst zusätzlich das Merkmal der Sozialadäquanz verwendet. Das OVG Lü-

möglicherweise geeignet - bei entsprechender Konkretisierung -, zu einer sachgerechten Lösung beizutragen ¹⁾).

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 156

neburg (DVBl. 1959, 475, Urteil vom 27.11.1958) versteht die "Sozialadäquanz" anders als Hurst, hierauf wird zurückgekommen. Vogel (VerursBegr., 92) meint zu dem Urteil, daß der Gedanke der sozialen Adäquanz bei der Abwägung eine Rolle spielen könne. Damit aber auch nicht mehr; er will ihn also nur zusätzlich verwenden, ebenso wie Hurst.

1) Vgl. unten § 19 der Arbeit.

DRITTER TEIL

DIE ENTWICKLUNG EINES EIGENEN LÖSUNGSVORSCHLAGES

§ 13 DIE ERGEBNISSE DES ERSTEN UND ZWEITEN TEILES

I. DIE RESULTATE FÜR DEN STÖRER IM ALLGEMEINEN

1. Die polizeiliche Generalklausel

Grundlage für das Einschreiten der Polizei ist die polizeiliche Generalklausel. Es gilt das System der Spezialdelegation, die Generalklausel hat subsidiäre Geltung. Ihre gesetzliche Grundlage findet sie in Deutschland in den Länderpolizeigesetzen. Für die Schweiz ist die Generalklausel im Kanton Aargau gesetzlich festgelegt. Sonst gilt sie kraft Gewohnheitsrechts. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist also lediglich formell, nicht aber materiell gewahrt. Hiermit kann man sich bis zu einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung abfinden. Denn sie ist notwendig, sie gilt subsidiär, und ihre Merkmale lassen sich umgrenzen.

2. Der Personenkreis, der für die Störer-Eigenschaft in Betracht kommt

Die natürlichen Personen und die juristischen Personen des Privatrechts können ohne Einschränkung Störer sein. Hinsichtlich der juristischen Person des öffentlichen Rechts sind wir zu dem Ergebnis gelangt, daß sie nicht nur bei fiskalischer, sondern auch bei hoheitlicher Betätigung Störer sein können. Diese Ansicht steht im Gegensatz zur herrschenden Meinung in Deutschland. Die Verantwortlichkeit rechtfertigt sich daraus, daß jede öffentliche Behörde auch bei hoheitlicher Tätigkeit die öffentliche Ordnung zu wahren hat. Ist die allgemeine öffentliche Ordnung gefährdet, dann hängt das Einschreiten der Polizei von einer Interessenabwägung ab, die zwischen der Notwendigkeit der staatlichen Unternehmung und der Intensität der Gefahren für die Allgemeinheit vorzunehmen ist.

Statt des in Deutschland überkommenen Begriffs des Handlungsstörers verwenden wir den Ausdruck Verhaltensstörer. Einigkeit herrscht in Deutschland und in der

Schweiz darüber, daß der Verhaltensstörer die polizeiliche Gefahr oder Störung verursacht haben muß. Der Verhaltensstörer ist neben Abhängigen verantwortlich: für Kinder in Deutschland im Regelfalle bis zum 14. Lebensjahr, in der Schweiz bis zu 20 Jahren.

Der Zustandsstörer ist für den polizeimäßigen Zustand einer Sache verantwortlich. Der Eigentümer der Sache oder der sonstige Inhaber der tatsächlichen Gewalt kann Zustandsstörer sein. Es ist hierbei weder Verursachung des polizeiwidrigen Zustandes durch den Verantwortlichen nötig, noch braucht ein Verschulden vorzuliegen. Auch Naturkatastrophen schließen die Verantwortlichkeit nicht aus. Allerdings kommt hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Zuge: Die Polizei darf im Einzelfalle nicht gegen den Zustandsstörer einschreiten, wenn die Maßnahmen gegen ihn nicht ausreichen würden. Damit dürften die Bedenken einzelner deutscher und schweizerischer Autoren ausgeräumt sein.

In der Schweiz wird nicht *expressis verbis* zwischen Verhaltens- und Zustandsstörer unterschieden. Sachlich findet sich indessen diese Trennung ebenso. Daher können beide Begriffe auch für das schweizerische Recht verwendet werden.

Beim Zusammentreffen mehrerer Störer hat die Polizei einen von ihnen auszuwählen, wenn das Vorgehen allein gegen diesen zur Beseitigung der Störung ausreicht. Diese Auswahl ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen, dessen Ausübung der Kontrolle durch den Verwaltungsrichter unterliegt.

3. Der polizeiliche Notstand

Ist entweder ein Störer nicht vorhanden, oder reicht ein Vorgehen gegen diesen nicht aus, dann liegt polizeilicher Notstand vor. Die Gefahr oder Störung muß gleichwohl beseitigt werden. In diesem Ausnahmefalle ist es der Polizei gestattet, gegen einen Nicht-Störer vorzugehen und in dessen Rechte einzugreifen.

In Deutschland ist der polizeiliche Notstand gesetzlich geregelt. Hiernach muß die Störung der öffentlichen Ordnung entweder bereits eingetreten sein, oder eine unmittelbare Gefahr für diese bestehen. Nur das unbedingt Notwendige darf mittels vorläufiger Maßnahmen geregelt werden. Da in die Rechte eines unbeteiligten Dritten eingegriffen wird, hat er einen Schadensersatzanspruch.

Die Schweiz besitzt keine gesetzliche Regelung. Die Voraussetzungen des Einschreitens wurden von der Wissenschaft entwickelt. Sie stimmen mit den deutschen überein. Das Bundesgericht hat sich bis auf wenige Ausnahmen einer Stellungnah-

me zum polizeilichen Notstandsrecht enthalten; indessen hat es in mehreren Entscheidungen im Ergebnis richtig den Nicht-Störer zur Verantwortung gezogen.

Der Bäcker-Fall gab Anlaß, zu einer deutsch-schweizerischen Streitfrage Stellung zu nehmen. Es stellte sich heraus, daß es auch eine unverhältnismäßig größere Erschütterung der öffentlichen Ordnung nicht rechtfertigt, gegen einen Nicht-Störer vorzugehen, solange gegen den Störer eingeschritten werden kann. Damit haben wir uns der schweizerischen Ansicht angeschlossen und die in Deutschland herrschende Meinung abgelehnt.

4. Das Problem des Verschuldens

Eine Grundfrage des Polizeirechts ist diejenige, ob den Verhaltensstörer ein Verschulden treffen muß. Der größte Teil der deutschen Lehre, die deutsche Praxis sowie die einhellige Meinung in der Schweiz verneinen diese Frage. Dem haben wir zugestimmt unter Hervorhebung der grundsätzlichen Unterschiede des Polizeirechts zu den anderen Rechtsgebieten; Das Polizeirecht stellt lediglich auf den äußeren, tatsächlichen Zustand der Gemeinschaft ab. Der Zweck der ausschließlichen Ordnungsbewahrung verbietet es, die subjektive Einstellung des Störers zu berücksichtigen. Dazu kommt, daß die Feststellung des Verschuldens langwierige Untersuchungen nötig machen kann. Das ist mit einer schnellen Gefahrenbeseitigung unvereinbar. Schließlich muß die Polizei eingreifen können, wenn schuldunfähige Kinder oder Geisteskranke Störer sind.

5. Die Bedeutung der Kausalität

Es kommt auf ein Verschulden nicht an, sonach gilt das Verursachungsprinzip. Der Verhaltensstörer muß die Störung oder Gefahr verursacht haben. Hieraus erhellt, daß - vor allem in Deutschland - die Kausalität einen breiten Raum in den polizeirechtlichen Erörterungen einnimmt. Die Kausalität als die Gesamtheit der Bedingungen eines Erfolges bedarf wegen ihres regressus ad infinitum der Beschränkung für die juristische Betrachtung. Bei dieser werden bestimmte Bedingungen für ursächlich gehalten, die dann Ursachen "sind".

Die von der Wissenschaft entwickelten Kausalitätstheorien wurden auf ihren Geltungsbereich hin untersucht. Es wurde festgestellt, daß die Bedingungstheorie lediglich im deutschen Strafrecht gilt. Die individualisierenden Kausalitätstheorien haben heute weder im deutschen noch im schweizerischen Zivil- und Strafrecht Geltung. Die Adäquanztheorie herrscht im deutschen Zivilrecht und im schweize-

rischen Zivil- und Strafrecht. Die Theorie von der "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" wird in beiden Ländern abgelehnt.

Im öffentlichen Recht sind in jüngerer Zeit ebenfalls Kausalitätsfragen erörtert worden. In Deutschland hat man sich für die Theorie der wesentlichen Bedingung entschieden, während in der Schweiz auch hier die Adäquanztheorie gilt.

Für das Polizeirecht insbesondere und damit für den Verhaltensstörer versuchte man die verschiedenen Kausalitätstheorien teilweise zu übertragen, teilweise ging man neue Wege.

II. DER BEFUND FÜR DEN VERHALTENSSTÖRER IM BESONDEREN

1. Die Bedingungstheorie

Die Definition der Bedingungstheorie scheitert daran, daß bei Gleichwertigkeit aller Bedingungen die Verantwortlichkeit ins Uferlose gerät; denn die Begrenzung durch das Verschulden fehlt.

Immerhin konnte festgehalten werden, daß für die juristische Betrachtung der Verursachung von der Bedingungstheorie ausgegangen werden muß. Dies gilt auch für den Verhaltensstörer, der also eine Bedingung für den Erfolg gesetzt haben muß.

2. Die unbestimmten Theorien

Die Begriffe des "Lebenskreises" und des "persönlichen Herrschaftsbereiches" enthalten selbst keine Maßstäbe, wonach sie zu begrenzen wären. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Begriffsmerkmal wurde als Fehlinterpretation eines Entscheides des Bundesgerichts aufgezeigt.

Bemerkenswert ist, daß mit diesen Theorien das eigentliche Gebiet der Kausalität verlassen wurde. Dies ist der erste Versuch, den Verhaltensstörer nicht über eine Kausalitätstheorie zu definieren.

3. Die individualisierenden Kausalitätstheorien

Die Theorien von der ausschlaggebenden und der wesentlichen Bedingung sowie der Hauptursache krankten daran, daß sie ein Eingehen auf die verschiedenen Wir-

kungsgrade verlangen. Außerdem fehlen die Kriterien, nach denen entschieden werden soll. Dies zeigt sich deutlich bei den widersprüchlichen Entscheidungen der sie vertretenden Autoren.

Die Theorie der letzten Bedingung stellt allein auf den zeitlichen Ablauf ab. Ihre Aussage ist damit eindeutig, aber die Isolierung der letzten Bedingung führt zu Zufallsentscheidungen. Diese Tatsache hat die Vertreter der Theorie veranlaßt, Änderungen so vorzunehmen, daß gerade nicht die letzte Bedingung maßgebend sein soll.

Hervorzuheben ist für alle diese Theorien, daß sie auf den Einzelfall abstellen und von diesem her ihre Lösungsversuche unternehmen.

4. Die Theorie vom unmittelbaren Verhalten

Wird die Unmittelbarkeit als Hervorrufen der letzten Bedingung verstanden, dann stellt die Theorie eine individualisierende in anderem Gewande dar. Das unmittelbare Überschreiten der Gefahrgrenze ist als Merkmal deswegen nicht verwendbar, weil hiermit erst die Voraussetzung für ein Einschreiten der Polizei überhaupt gegeben ist. Im Anschluß hieran kann die Frage gestellt werden, gegen wen die Polizei vorzugehen hat.

Eine Polizeipflicht der mittelbaren Verursacher wie im Reklame-, Plakat- und Schweinemästerei-Fall läßt sich mit dieser Theorie nicht begründen. Die Konstruktion einer latenten Gefahr trägt nicht, weil eine Gefahr entweder existiert oder nicht. Zudem wird der mittelbare Verursacher damit polizeipflichtig gemacht. Letzteres gilt ebenso für den Zweckveranlasser. Für ihn kommt hinzu, daß einmal zweifelhaft ist, ob er die ihm unterstellte Absicht wirklich hat, zum anderen wird auf seine subjektive Einstellung abgehoben. Deren Berücksichtigung ist ebenfalls wie diejenige des Verschuldens im Polizeirecht ausgeschlossen.

5. Die Theorie von der "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges"

Eine derartige Unterbrechung ist logisch nicht denkbar. Überdies ist Merkmal für eine solche "Unterbrechung" der Wille eines Dritten. Damit verwenden alle Vertreter dieser Theorie ein subjektives Moment.

Im Reklame-Fall wird richtig auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abgestellt.

6. Die Adäquanztheorie

Ob eine Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliegt, kann nicht nur an Hand des Einzelfalles beurteilt werden. Hierfür ist eine Berücksichtigung der allgemeinen Erfahrungen des Lebens am Platze. Bei dieser Generalisierung hat die Adäquanz ihre Berechtigung, und die Praxis in beiden Ländern greift auf ihre Kriterien zurück. Es ist jedoch nicht möglich, hieraus auf den Störerbegriff zu schließen.

Das notwendige Wahrscheinlichkeitsurteil kann vom Handelnden oder von einem Dritten abgegeben werden. Beiden Gestaltungen ist indessen gemeinsam, daß ein objektiver Beurteilungsmaßstab fehlt: Der Beurteilende entscheidet nach dem, was er für wahrscheinlich hält, also subjektiv.

Ein weiterer Mangel der Adäquanztheorie ist ihre Generalisierung. Diese ist zwar zulässig bei der Feststellung, ob eine Gefahr für die öffentliche Ordnung gegeben ist, da hierbei die Situation von der Allgemeinheit her betrachtet wird. Verhaltensstörer jedoch ist der Einzelne. Zur Wahrung seiner Rechte muß vom Einzelfalle und seinen Umständen ausgegangen werden.

Im Baumschulen-, Ruinen- und Hausangestellten-Fall hat es sich gezeigt, daß zwar Adäquanz vorliegt, der Einzelne aber nicht Störer ist.

7. Die Theorie vom sozialadäquaten Verhalten

Abgesehen von dem Zusammenhang mit anderen Kausalitätstheorien ist die Sozialadäquanz kein klares Kriterium. Zur Überschreitung des Normalmaßes werden keine Richtlinien für die Bestimmung gegeben.

Das Normalmaß kann dann eine fruchtbare Verwendung finden, wenn zum einen bei seiner Bestimmung auf den Einzelfall abgestellt wird und zum anderen sein Inhalt eindeutig umrissen werden kann.

§ 14 DIE PROBLEMATIK BEIM ZUSTANDSSTÖRER

I. DIE GRUNDFÄLLE UND DER ZUSTANDSSTÖRER

Beim Zustandsstörer kommt es nicht auf Verursachung an ¹⁾. Daher ist im zweiten Teil ausschließlich der Verhaltensstörer behandelt worden. Unsere Untersuchung der Kausalitätstheorien führt zu dem Schluß, daß über die Verursachung allein das Problem für den Verhaltensstörer nicht zu lösen ist.

Muß schon für den Verhaltensstörer auf andere Kriterien zurückgegriffen werden, so wird sich auch für den Zustandsstörer zeigen, daß die Verhältnisse bei ihm ähnlich liegen. Das ergibt zunächst eine Betrachtung der Grundfälle.

Der oben ²⁾ erwähnte Baumschulen-Fall kann ohne weiteres so gestaltet werden, daß ein Fall der Zustandsstörung vorliegt:

Auf einem Eckgrundstück an einer Straßenkreuzung stehen seit Jahrzehnten Bäume und Gebüsch. Wegen des stark angestiegenen Straßenverkehrs wirkt sich die von Anfang an bestehende Sichtbehinderung heute so aus, daß die öffentliche Ordnung gestört wird (Zur Unterscheidung vom Baumschulen-Fall: "Kreuzungs-Fall") ³⁾.

Der heutige Straßenverkehr gibt die Grundlage für folgendes weitere Beispiel:

- 1) Hiermit ist gemeint, daß maßgebend nicht das ursächliche Verhalten eines Menschen ist, vgl. oben Seite 43 und 45/46. Immerhin ist aber erforderlich, daß die Störung der öffentlichen Ordnung vom Zustande einer Sache "ausgeht", m. a. W.: Der Zustand der Sache muß ursächlich im Sinne eines natürlichen Kausalzusammenhanges für den polizeiwidrigen Zustand sein.
- 2) Seite 151.
- 3) Von Turegg - Kraus (op. cit., 452) verwenden den Kreuzungs-Fall ebenfalls beim Zustandsstörer: "Wenn durch Heranwachsen von Obstbäumen auf einem Privatgrundstück die Sicht auf eine Straßenkreuzung erschwert wird, liegt kein Fall der Zustandshaftung vor." Ihre Begründung ist allerdings bedenklich: "Zustandshaftung entsteht nur infolge einer außergewöhnlichen Beschaffenheit einer Sache." Abgesehen von der Unbestimmtheit des Ausdrucks würde das heißen, daß "normale Beschaffenheit" einer Sache keine Zustandsstörung herbeiführen würde, vgl. hierzu oben Seite 43 Anm. 5.

An einem Eckhaus ist seit Errichtung ein vorspringender Balkon angebracht. Heute wird durch die bestehende Sichtbehinderung die öffentliche Ordnung gestört ("Balkon-Fall").

Außerdem gehört in diesen Zusammenhang der oben ¹⁾ behandelte Strohdach-Fall. Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß die Störung der öffentlichen Ordnung vom Zustande einer Sache ausgeht. Es ist zwar richtig, daß das Pflanzen der Bäume und das Bauen des Hauses auf ein menschliches Verhalten zurückgeht. Daraus ergibt sich indessen nicht, daß ein Fall der Verhaltensstörung vorläge. Die Polizei hat allein die Aufgabe, jetzt bestehende polizeiwidrige Zustände zu beseitigen. In den erörterten Fällen wird die öffentliche Ordnung gegenwärtig nur durch den Zustand einer Sache gestört. Bei gegenteiliger Entscheidung würde sich die Konsequenz ergeben, daß eine Zustandsstörung nie vorliegen könnte, weil jeder Zustand in der sozialen Gemeinschaft letztlich auf ein menschliches Verhalten zurückgeht. Übrig blieben allein die Einflüsse von Naturgewalten.

II. DIE ENTSCHEIDUNG OHNE VERWENDUNG BESONDERER KRITERIEN

Bleibt man bei dem bisher Gesagten stehen, so kommt man in diesen Fällen zu einem eindeutigen, aber radikalen Ergebnis: Die Zustandsstörer-Eigenschaft wird bejaht, weil es weder auf ein Verschulden noch auf ein Verursachen ankommt, und die Störung vom Zustande einer Sache ausgeht. Damit ist der Weg frei für eine Verfügung, die das Abholzen der Bäume, bzw. den Abbruch des Balkons verlangt. Da sich die Polizei an den Störer hält, kann er keine Entschädigung verlangen.

Wacke ²⁾ versucht, die Fälle über die Begriffe der "Unmittelbarkeit der Gefahrenquelle" und des "Konkretisierens einer latenten Gefahr" zu lösen. So kommt er im Strohdach-Fall zu dem Ergebnis, daß der Eigentümer des Hauses Störer ist; umgekehrt soll es im Balkon-Fall sein ³⁾. Beide Entscheidungen sind im Er-

1) Seite 134 Anm. 1.

2) Drews - Wacke, op. cit., 241 ff.

3) Drews - Wacke, op. cit., 243. Die Begründung hierfür erscheint ungereimt: "Die Ursache der Gefahr liegt dann nicht in dem Hause, sondern in dem ganz unabhängig von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieses Hauses plötzlich stark gesteigerten Verkehr."

Daraus ergibt sich: Wenn die "Ursache der Gefahr" in dem Hause läge, dann

gebnis zu billigen, nicht aber in der Begründung. Denn hierfür wird die Theorie der unmittelbaren Verursachung verwendet. Eine Kausalitätstheorie kann aber nicht darüber entscheiden, ob der Einzelne Zustandsstörer ist.

III. ERGEBNIS UND VERGLEICH MIT DEM VERHALTENSSTÖRER

Sonach ist die Situation beim Zustandsstörer keineswegs unproblematisch. Die Frage der Begründung seiner Polizeipflicht muß beantwortet werden. Der Unterschied zum Verhaltensstörer in der Problemstellung besteht darin, daß im einen Falle festgestellt werden muß, wer Verhaltens-Störer ist, im anderen Falle, ob der Eigentümer (oder Gewalthaber) Zustands-Störer ist. Wenn auch der - mögliche - Adressat bei der Zustandsstörung auf Grund der Gegebenheiten schnell ermittelt werden kann, so bleibt die Zulässigkeit seiner tatsächlichen Inanspruchnahme offen.

Aus allem folgt, daß sich die gleichen Hauptprobleme ergeben wie beim Verhaltensstörer. Die herkömmliche Trennung zwischen beiden ¹⁾ steht dem nicht entgegen. Sie war dadurch veranlaßt, daß nur beim Verhaltensstörer Kausalitätsfragen behandelt wurden. Nachdem sich herausgestellt hat, daß diese sich zu einer Definition nicht eignen, kann die Trennung im folgenden aufgegeben werden. Beide Störer werden gemeinsam behandelt werden.

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 165

wäre der Eigentümer Zustandsstörer. Nach seinen eigenen Ausführungen (Drews-Wacke, op. cit., 233) kommt es aber beim Zustandsstörer auf eine Verursachung gerade nicht an. Der Grund für dieses Mißverständnis liegt wohl darin, daß Wacke von der insoweit selbstverständlichen Ursächlichkeit des Zustandes der Sache für den polizeiwidrigen Zustand (vgl. oben Seite 164 Anm. 1) auf eine Verursachungstheorie schließt, die nur beim Verhaltensstörer in Frage kommen könnte.

- 1) Dies gilt vor allem für Deutschland, während in der Schweiz allgemein vom "Störer" gesprochen wird, wenn auch sachlich zwischen beiden Störer-Arten unterschieden wird.

§ 15 DER VORGEZEICHNETE WEG

Wir haben aufgezeigt, daß die bisherigen Lösungen nicht zum Ziele führen. Es ist jedoch eine Linie erkennbar, die uns als Wegweiser dienen wird. Dies gilt insbesondere für das schweizerische Polizeirecht.

I. IM SCHWEIZERISCHEN POLIZEIRECHT

Für die Wissenschaft führt zunächst Fleiner aus: "Wohl ist richtig, daß für den im Genusse seiner subjektiven Rechte stehenden Bürger eine allgemeine polizeiliche Nichtstörungspflicht besteht, aber die juristische Schwierigkeit liegt gerade darin, festzustellen, bis zu welchem Punkt die verfassungsmäßigen individuellen Rechte für die Polizei unantastbar sind. Bei der Beantwortung dieses Bedenkens gilt auch gegenüber der Polizei der berühmte Rechtsgrundsatz: 'Qui iure suo utitur, neminem laedit'. Die Präsumtion streitet stets für die Freiheit des Individuums, und wenn diese von dritter Seite gestört wird, so hat sich die Polizei an den Störer zu halten als den Verursacher, und nicht an denjenigen, der sich in der erlaubten Ausübung seiner Rechte befindet" ¹⁾.

Müller ²⁾ zitiert Fleiner zustimmend und weist bei der Behandlung des Demonstranten-Falles auf folgendes hin: "... so haben sich die Polizeibehörden immer an die zu halten, welche den in der erlaubten Ausübung seiner Rechte Befindlichen stören. Wird dieser Grundsatz aufrechterhalten, so bietet er in den schwierigsten Fällen den Schlüssel zum richtigen polizeilichen Vorgehen."

Hoerni ³⁾ bezeichnet die Ausübung der Versammlungsfreiheit als typischen Anwendungsfall des Grundsatzes, daß sich die Polizei nicht an denjenigen halten darf, "der in der gesetzlichen Ausübung seiner Freiheit gestört wird."

Auch Voigt ⁴⁾ schließt sich inhaltlich Fleiner an. Er bemerkt zusätzlich: "Doch

- 1) Fleiner, KausProbl., 4; ebenso schon früher (BStR, 321): "Es (scil.: das Eingreifen) hat sich gegen den Störer zu richten und nicht gegen denjenigen, der gesetzmäßig seine Rechte ausübt" und Inst., 403 Anm. 54. Bei Fleiner - Giacometti (BStR, 248) wird ohne Begründung auf diesen Zusatz verzichtet.
- 2) Heinrich Müller, op. cit., 100.
- 3) Hoerni, op. cit., 140; Wieland Schmid (op. cit., 46) kommt zu demselben Ergebnis, allerdings ohne Begründung.
- 4) Heinz Alex Voigt, op. cit., 93/94.

besteht für den Bürger die Pflicht, sich bei der Ausübung seiner Rechte innert den Schranken der öffentlichen Ordnung zu halten."

In erster Linie vertritt Ebnöther ¹⁾ die Theorie vom unmittelbaren Verhalten. Grundsätzlich schließt er sich obiger Meinung an: "Wer in gesetzmäßiger Ausübung seiner Rechte die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht selbst stört, dagegen andern Anlass zu einer Störung gibt, ist nur mittelbar und damit nicht Störer im polizeirechtlichen Sinne" ²⁾.

Dieser Grundsatz hat sich auch in der Rechtsprechung niedergeschlagen. Den Anfang der Entscheide macht das Bundesgericht mit dem Urteil vom 20. 2. 1886 ³⁾, indem es auf die "Ausübung eines verfassungsmässigen Rechtes" abstellt. Im Urteil vom 23. 2. 1934 ⁴⁾ wird ausgeführt, es gehöre zur polizeilichen Verantwortlichkeit einer Person, "daß sie nicht dem Staat gegenüber ein Recht auf die Handlung hat." Wenn sie also ein derartiges Recht hat, dann ist sie nicht Störer. Mit folgender Begründung wurde in einem Demonstranten-Fall ⁵⁾ die Störereigenschaft der Unternehmer verneint, gegen die demonstriert wurde: "En ce qui concerne ce dernier point, il y a lieu de relever qu'en l'espèce les perturbateurs n'étaient pas les entrepreneurs qui, en utilisant une pelle mécanique, ne faisaient qu'user d'un droit qui leur est garanti par la Constitution ..."

Im Automaten-Fall ⁶⁾ wird darauf hingewiesen, daß der Aufsteller seine Schranken überschreite und sich nicht mehr in der gesetzmässigen Ausübung eines Rechtes befinde ⁷⁾.

Auf die Ausübung eines Rechtes beziehen sich auch verschiedene Verwaltungs-Entscheide des Regierungsrats des Kantons Aargau. Grundlage der Entscheide ist die Feststellung, daß der Einzelne dann Störer ist, wenn er die ihm zustehenden Rechte überschreitet. Typisch ist folgender Sachverhalt:

- 1) Ebnöther, op. cit., 17 und 66.
- 2) A. a. O., 17. Im Originaltext steht statt 'mittelbar': 'unmittelbar'; dieser offensichtliche Druckfehler ist oben berichtigt; vgl. außerdem die oben Seite 120 zitierte Stelle.
- 3) BGE 12, 93, 108, vgl. das Zitat oben Seite 120.
- 4) BGE 60 I 108, 124.
- 5) BGE 63 I 213, 222, Arrêt du 11. 6. 1937.
- 6) BGE 87 I 112, 114 = AGVE 1961, 276, Auszug aus dem Urteil vom 24. 5. 1961, vgl. das Zitat oben Seite 125/126.
- 7) Zustimmung zitiert im Kiosk-Fall, BGE 90 I 1, 4/5, Urteil vom 19. 2. 1964, mit der Bemerkung: "Diese Erwägungen treffen grundsätzlich auch auf den vorliegenden Fall zu."

Ein Gewerbebetrieb wird derart ausgeübt, daß die Nachbarn übermäßigen ¹⁾ Immissionen ausgesetzt sind, was zu einer Störung der öffentlichen Ordnung führt ²⁾ ("Immissionen-Fall").

Im Entscheid vom 8.9.1950 ³⁾ weist der Regierungsrat des Kantons Aargau darauf hin, "daß die Anlage nicht anders als eigentumsüberschreitend betrieben werden kann." Unter Hinweis darauf, daß das tragbare Maß unter anderem durch die Zu- und Wegfahrt der Kundenautos bei einer Autospenglerei überschritten ist, kommt er im Entscheid vom 7.10.1954 ⁴⁾ zu dem Ergebnis, "daß das Gewerbe ... gar nicht anders, denn eigentumsüberschreitend betrieben werden könnte."

Dieser Grundsatz wird im Entscheid vom 15.3.1958 ⁵⁾ als eine "wichtige Schranke" bezeichnet im Falle der Verweigerung einer Baubewilligung für ein Schlachthaus.

-
- 1) Dieses Merkmal muß vorliegen, Entscheid vom 2.11.1957, AGVE 1958, 212. Verneint wurde es bei einer Hotelküche in AGVE 1955, 257, Entscheid ohne Datum; dagegen bejaht bei einem Lagerhaus mit Milchlokal im Entscheid vom 11.9.1959, AGVE 1959, 239, 240; vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts Basel vom 5.12.1958, BJM 1959, 27, das die Übermäßigkeit bei Garagen verneint.

In diesen Zusammenhang gehören die "Schießlärm-Fälle". Hier kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an: Das Verwaltungsgericht Basel hat im Urteil vom 4.7.1962, BJM 1963, 76, 81, festgestellt, daß "die Schwelle des Übermaßes bei weitem nicht erreicht ist." Andererseits hat das Bundesgericht (BGE 87 I 87, 89, Arrêt du 26.4.1961) den Lärm eines während mehrerer Monate ganztägig benützten Schießstandes als übermäßig angesehen.

Zur Lärmbekämpfung allgemein: Karl Oftinger, Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts, Zürich 1956, passim; ders., Entwicklungen im Recht der Lärmbekämpfung, SJZ 55 (1959), 97 ff., 117 ff.; ders., Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, ZBJV 100 (1964), 101 ff.

- 2) Dies ist Voraussetzung. Die Überempfindlichkeit einer Einzelperson wird nicht berücksichtigt, Entscheid der Direktion des Gesundheitswesens vom 15.3.1948, AGVE 1948, 350. Im Entscheid vom 31.7.1953, AGVE 1953, 278, spricht der Regierungsrat davon, daß der Betrieb "zugleich eine Beeinträchtigung des öffentlichen Wohles in sich schließt", ebenso im Entscheid vom 15.7.1952, AGVE 1952, 345, 346.
- 3) AGVE 1951, 257.
- 4) AGVE 1955, 255, 256.
- 5) AGVE 1958, 214, 215.

II. IM DEUTSCHEN POLIZEIRECHT

Obwohl die das schweizerische Polizeirecht zentral bewegende Frage der Ausübung eines Rechtes im deutschen Polizeirecht zu keiner Zeit eine ähnliche Bedeutung erlangt hat, sind auch hier einige Meinungen zu dieser Frage zu finden.

In der Wissenschaft bemerkt Semle ¹⁾ zu diesem Problem: "Die Polizei hat sich an den Störer zu halten, wobei natürlich der, der sich in Ausübung eines Rechtes befindet, niemals von der Polizei in die Schranken gewiesen werden kann. In Ausübung eines Rechtes befindet sich dann jemand, wenn ihm sein Tun oder Unterlassen von der Rechtsordnung erlaubt wird."

Scholz-Forni ²⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß bei der Ausübung von allgemeinen, subjektiven Rechten ³⁾ sich der Umfang der Polizeigewalt allein nach den Normen des objektiven Rechts richtet. Jedoch: "Besondere, der Polizei gegenüber begründete Rechte beschränken die Polizeigewalt und schließen im Falle ihrer Ausübung eine Verantwortlichkeit aus" ⁴⁾.

In seinem Kommentar zum pr PVG führt Friedrichs aus: "Verantwortlich ist nicht, wer ein besonderes Recht innerhalb der gesetzlichen Grenzen ausübt" ⁵⁾.

Zum Demonstranten-Fall meinen Schäfer - Wichards - Wille ⁶⁾, es sei "grundsätzlich davon auszugehen, ob die Veranstaltung (z.B. ein Umzug) mit den bestehenden Gesetzen in Einklang" stehe. Halte sich die Kundgebung in den Schranken der Gesetze, so werde sie nicht dadurch unrechtmäßig, daß die Gefahr einer Störung durch Andersgesinnte bestehe.

Hoffmann spricht von "nicht rechtswidriger Verursachung". Er kommt zu dem Resultat, daß als Störer derjenige nicht in Betracht komme, "welcher ein ihm durch die Rechtsordnung verliehenes subjektives Recht ausübt oder sich in den gezogenen

1) Semle, op. cit., 47/48.

2) Scholz-Forni, Verantwortlichkeit, 297.

3) Dazu gehören nach ihm die Grund- oder Freiheitsrechte und der Gemeingebrauch, a. a. O., 247 ff.

4) A. a. O., 298. Hierunter versteht er Verleihungen, Konzessionen, besondere Nutzungsrechte und Polizeierlaubnisse, a. a. O., 258 ff.

5) Friedrichs, op. cit., Erl. 2 zu § 19 pr PVG. Er schränkt aber a. a. O. ein: "Die Ausübung eines Privatrechts entschuldigt nicht."

6) Schäfer - Wichards - Wille, op. cit., Anm. II 1 b zu §§ 18 ff. pr PVG.

Rechtsschranken hält" 1).

In neuerer Zeit hat Gobrecht 2) einen Fall gebildet mit folgendem Sachverhalt:

Eine bekannte Filmschauspielerin sitzt auf der Terrasse eines Kaffeehauses. Auf dem Trottoir entsteht deswegen eine Personenansammlung, welche eine Störung der Sicherheit des Straßenverkehrs hervorruft ("Schauspielerin-Fall").

Gobrecht hält die Aufforderung an die Schauspielerin, sich in das Innere des Kaffeehauses zu begeben, für unzulässig, weil sie nicht Störerin sei; "Denn solange das Verhalten einer Person rechtmäßig ist, also im Sinne des Art. 2 GG noch im Rahmen der freien Entfaltung der Persönlichkeit liegt, kann eine Polizeipflicht nicht bestehen. Erst wenn das Verhalten diese Grenze überschreitet, entsteht durch die Verursachung der Gefahr oder Störung eine Polizeipflicht für die verursachende Person" 3).

Da obige Ansichten mehr am Rande erörtert werden, ist es nicht erstaunlich, daß ihr Einfluß auf die Rechtsprechung nicht sehr groß war. Einige Urteile beschäftigen sich jedoch mit diesem Problem.

Das pr OVG spricht im Heilsarmee-Fall 4) von "an sich vollkommen zulässigen Handlungen" und der "Vornahme der erlaubten Handlungen" 5). Im Urteil vom 17. 3. 1910 6) führt das Gericht aus: "Nicht jeder Urheber eines polizeiwidrigen Zustandes darf polizeilich zu dessen Beseitigung angehalten werden. Wer lediglich ein ihm zustehendes Recht innerhalb der rechtlichen Grenzen ausübt, wird wegen der dadurch herbeigeführten Folgen weder strafrechtlich noch bürgerlich-

1) Hoffmann, op. cit., 83/84.

2) Gobrecht, op. cit., Anm. zu § 19 (pr) PVG.

3) Gobrecht vertritt a. a. O. in der Hauptsache aber die Theorie vom unmittelbaren Verhalten einschließlich der des Zweckveranlassers sowie die Adäquanztheorie.

4) PrOVGE 31, 409, 411, Endurteil vom 18. 12. 1896, vgl. das ausführliche Zitat oben Seite 117/118.

5) In einem Demonstranten-Fall (PrOVGE 78, 261, 266, Urteil vom 18. 1. 1923) verwendet es einerseits den Begriff der "gesetzlich zulässigen Kundgebung" und andererseits denjenigen der "ungesetzlichen Störung" für die Gegendemonstranten.

6) PrOVGE 56, 366, 367.

rechtlich verantwortlich und kann deswegen auch nicht polizeilich verantwortlich gemacht werden" 1).

In einem Reklame-Fall meint das pr OVG: "Der ... Grundsatz der Gewerbefreiheit findet seine Schranken in den Erfordernissen der für jedermann geltenden polizeilichen Vorschriften" 2).

In neueren Urteilen wird insbesondere für den Zustandsstörer auf die Ausübung seiner Rechte hingewiesen. So schreibt der BGH in seinem Urteil vom 5. 3. 1953 3): "Die Polizei greift bei dem Vorgehen gegen störende Sachen nicht in bestehende subjektive Rechte des Eigentümers ein, sondern weist den störenden Eigentümer in die Schranken seines Rechts zurück." Der württ-bad VGH ist mit der gleichen Begründung der Ansicht, Art. 14 GG sei nicht verletzt, weil "lediglich Inhalt und Grenzen des Eigentums" 4) bestimmt werden.

Dieselbe Argumentation wurde vom BGH jüngst in einem Schweinemästerei-Fall verwendet 5). Das BVerwG führt in seinem Urteil vom 25. 5. 1965 6) aus: "Wer sich auf seinem Grundstück ordnungswidrig verhält, setzt sich über die Schranken hinweg, die dem Eigentum durch das PVG gesetzt sind. Verweist die Polizei den störenden Eigentümer in die Schranken, die ihm das Gesetz gezogen hat, so verschafft sie der Rechtsordnung Geltung gegenüber dem Störer. Der in Anspruch genommene Eigentümer büßt dadurch, daß die Polizei ihm gegenüber das Gesetz angewandt hat, nichts ein, was ihm rechtlich zustünde. Eine derartige Polizeiverfügung erfüllt daher nicht die Wesensmerkmale der Enteignung. Es ist daher 'ganz unstreitig', daß der von der Polizei in Anspruch genommene Störer bei rechtmäßigem Polizei-Handeln von Verfassungs wegen keinen Entschädigungsanspruch hat."

1) In der Entscheidung vom 21. 3. 1929 (RuPrVBl. 50 (1929), 650) bezeichnet es das pr OVG nicht als Hindernis für die Polizei, "der Ausübung eines im Zivilrecht begründeten Rechts entgegenzutreten." Die Benützung eines privaten Rechts sei für die zu entscheidende öffentlichrechtliche Frage unerheblich.

2) PrOVGE 85, 270 = JW 1930, 1449, Urteil vom 10. 10. 1929.

3) BGH DVBl. 1953, 367, 368.

4) Württ-bad VGH VerwRspr. 9, 492, 493, Urteil vom 18. 12. 1956.

5) BGH NJW 1966, 649, 650/651, Urteil vom 20. 1. 1966.

6) BVerwG JZ 1965, 640, 641.

III. FOLGERUNGEN FÜR DEN WEITEREN GANG DER ERÖRTERUNG

1. Aus dem schweizerischen Polizeirecht

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß entscheidend abgestellt wird auf die Ausübung der Rechte des Einzelnen. Schon Fleiner aber hat darauf hingewiesen, daß die eigentliche Schwierigkeit darin besteht, die Grenzen der Rechte des Einzelnen festzustellen. Unter Verwendung der bisherigen Versuche der schweizerischen Praxis werden wir darauf unser Hauptaugenmerk zu richten haben, um zu praktikablen Ergebnissen zu kommen.

2. Aus dem deutschen Polizeirecht

Zunächst ist eine teilweise Übereinstimmung mit dem schweizerischen Standpunkt festzustellen, allerdings mit weit geringerer Wirkungsbreite. Die neueren Ausführungen zu Art. 14 GG erwecken jedoch Bedenken.

Denn bei der Untersuchung der Argumentation ergibt sich folgendes: Wenn dem Einzelnen nichts genommen wird, was ihm rechtlich zustünde, dann setzt das voraus, daß ihm das nicht zusteht, was ihm von der Polizei verboten wird. Zur Begründung hierfür wird nun darauf verwiesen, daß der Einzelne Störer sei, m. a. W.: Weil der Einzelne Störer ist, greift die Polizei nicht in seine Rechte ein. Die wesentliche Frage aber ist, ob die Störer-Eigenschaft gleichsam als Axiom vorausgesetzt werden kann. Dies hat sich bereits bei der Behandlung des Baumschulen-Falles gezeigt ¹⁾.

Die in Deutschland herkömmliche Antwort, daß Störer der öffentlichen Ordnung derjenige ist, der sie verursacht, führt dann nicht weiter. Denn die nächste Frage muß lauten: Warum ist der Einzelne Störer, wenn er eine derartige Störung verursacht?

Die geschilderte Argumentation ist nur dann schlüssig, wenn der Einzelne als Störer seine Rechte überschreitet. Der immanente Zusammenhang zwischen der Störer-Eigenschaft und dem Überschreiten der Rechte bildet dann die richtige Basis für das Ergebnis, daß dem Störer bei seiner Inanspruchnahme nichts genommen wird. Die bisherigen deutschen Ausführungen machen beim Störer Halt, ohne nach den Gründen des Vorliegens dieser Eigenschaft zu fragen. Daher können sie nicht ausreichen.

1) Vgl. oben Seite 151/152.

§ 16 DAS VERHÄLTNISS VON POLIZEIWDIRIGKEIT UND RECHTSWDIRIGKEIT

Steht nun das Problem zur Diskussion, warum der Einzelne Störer ist, so liegt es nahe, nach den bisherigen Ausführungen zu formulieren: Weil er sich rechtswidrig verhält. Diese Folgerung wird in der Tat von einigen Autoren gezogen.

I. DIE POLIZEIWDIRIGKEIT ALS BESONDERE FORM DER RECHTSWDIRIGKEIT

Neben den schweizerischen und deutschen Stimmen, die von "rechtmäßig" und "rechtswidrig" sprechen, geht zunächst Bock ¹⁾ vom Straf- und Zivilrecht aus und folgert: "Dementsprechend wird auch im Polizeirecht grundsätzlich jedes menschliche Verhalten als rechtswidrig und zwar polizeirechtswidrig = polizeiwidrig anzusehen sein, das einen polizeiwidrigen Zustand, eine 'dem Publikum drohende Gefahr' verursacht. Die Polizeiwidrigkeit selbst wird demgemäß als unter dem Gesichtspunkt des Polizeirechts gesehene Rechtswidrigkeit umschrieben werden können."

Hoffmann ²⁾ schreibt: "Die Tatbestandsmäßigkeit der Verursachung eines polizeiwidrigen Zustandes ist ein wichtiges Indiz für deren Polizeiwidrigkeit." Dieses Bild stammt aus dem Strafrecht. Die Verwendung dieser Ausdrucksweise läßt den Schluß zu, daß die Polizeiwidrigkeit ebenfalls als eine Unterart der Rechtswidrigkeit verstanden wird.

II. DIE GLEICHSETZUNG BEIDER

In jüngerer Zeit hat vor allem Schnur ³⁾ die "Theorie der rechtswidrigen Erfolgsverursachung" ⁴⁾ vertreten. Schnur geht aus von Hursts Sozialadäquanz und meint,

1) Bock, op. cit., 26/27.

2) Hoffmann, op. cit., 83.

3) Schnur, op. cit., 1 ff.

4) Der Ausdruck stammt nicht von Schnur selbst. Er wird verwendet von König (op. cit., Vorbem. II 2 ee zu Art. 9 ff. PAG), der sich Schnur anschließt, sowie von Ule - Rasch (op. cit., Erl. A I 2 e zu § 19 (pr) PVG), die Schnurs Theorie für unnötig halten. Hans Julius Wolff (VR III, 61) verwendet zustimmend den Ausdruck der rechtswidrigen Erfolgsverursachung, vgl. zu seiner widersprüchlichen Haltung oben Seite 108 und dortige Anm. 5.

daß darin ein Hinweis "auf die Widrigkeit des Verhaltens als Zurechnungsgrund" liege. Er fährt fort: "Diese Widrigkeit ist m. E. nichts anderes als die Rechtswidrigkeit. Die nunmehr zu entwickelnde These lautet daher: Die adäquate Verursachung¹⁾ einer Störung soll deshalb zugerechnet werden und damit die Störungsverantwortlichkeit begründen, weil der Betreffende sich nicht dem Recht gemäß verhalten hat; Weil er sich rechtswidrig verhalten und eine Störung verursacht hat, darf die Polizei ihn als Störer in Anspruch nehmen."

Sonach ist für Schnur die Polizeiwidrigkeit nicht mehr ein Unterfall der Rechtswidrigkeit, vielmehr setzt er jene mit dieser gleich.

Diese Unterordnung in bzw. Gleichsetzung mit der Rechtswidrigkeit bedarf der Untersuchung.

III. DIE UNVEREINBARKEIT BEIDER ANSICHTEN MIT DEM POLIZEIRECHT

Es ist hier nicht der Ort, die Probleme der Rechtswidrigkeit im Zivil-²⁾ und Strafrecht³⁾ zu erörtern; soviel jedenfalls steht für beide Rechtsgebiete fest: Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit, d. h. ein tatbestandsmäßiges Verhalten ist grundsätzlich rechtswidrig. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn im Einzelfalle besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen⁴⁾. Es erübrigt sich, auf die Rechtsprechung des BGH⁵⁾ einzugehen, wonach die Fahrlässigkeit in den Begriff der Rechtswidrigkeit einbezogen werden soll. Denn schon hieraus

- 1) Schnur vertritt also außerdem die Adäquanztheorie. Dies ergibt sich auch daraus, daß er ausführt, die adäquate Verursachung allein reiche nicht aus (a. a. O., 1). Damit ist sie für ihn immerhin erforderlich.
- 2) Hierzu näher Larenz, SchuldR II, § 66 I e, 358 ff.; Lehmann - Hübner, op. cit., § 39, 339 ff. und Becker, op. cit., Anm. E zu Art. 41 OR, RNr. 36 ff.
- 3) Dazu Mezger, StuB I, § 37, 107 ff.; Welzel, op. cit., § 18 I, 115 ff. und Schwander, op. cit., § 11, 72 ff.
- 4) Statt aller: Larenz, SchuldR II, § 66 I e, 358 Anm. 2; Mezger, StuB I, § 34 93 ff. und Becker, op. cit., Anm. E II zu Art. 41 OR, RNr. 41 ff.
- 5) BGHZ 24, 21 ff. = JZ 1957, 543, Beschluß des großen Zivilsenats vom 4. 3. 1957. Zustimmend Nipperdey, Rechtswidrigkeit, NJW 1957, 1777 und Enneccerus - Nipperdey, op. cit., § 209 II, 917/918; kritisch Stoll, op. cit., JZ 1958, 137.

allein würde sich die unzulässige Berücksichtigung der subjektiven Seite ergeben¹⁾.

Wollte man diesen Begriff der Rechtswidrigkeit in das Polizeirecht übernehmen, dann würde bereits jedes menschliche Verhalten seine Polizeiwidrigkeit "indizieren". Um diese weitgehenden Konsequenzen auszuschalten, mußte man "Rechtfertigungsgründe" auch für das Polizeirecht zulassen. Diese Folgerung ziehen in der Tat Bock, Grüttner und Hoffmann.

Bock²⁾ w.ä. zur Rechtfertigung zwar "nur aus dem öffentlichen Rechte sich ergebende Interessen" berücksichtigen, er kommt aber zu dem Ergebnis: "Gegenüber dem durch das Polizeirecht geschützten Interesse muß jedes Einzelinteresse, mag es auch auf öffentlichem Rechte beruhen, notwendig zurücktreten" (3).

Grüttner⁴⁾ vertritt die Adäquanztheorie, verlangt aber zusätzlich, daß "der Bedingung kein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht." Er übernimmt sämtliche Rechtfertigungsgründe aus dem Straf- und Zivilrecht, außerdem "aus dem Staatsrecht: die anerkannten Grundrechte, wie z.B. freie Meinungsäußerung, Vereins- und Versammlungsfreiheit u. a. m." 5).

Den Ausdruck "Polizeihinderungsgründe" prägt Hoffmann⁶⁾, bemerkt aber dazu, daß dies "der Geltendmachung von Rechtfertigungsgründen auf anderen Rechtsgebieten entspricht." Hierzu zählt er die Grundrechte, den Gemeingebrauch, sowie die Rechtfertigungsgründe aus den beiden anderen Rechtsgebieten⁷⁾.

Hier begegnet uns zunächst die Berücksichtigung von Grundrechten und Gemeingebrauch unter falscher Flagge, weil sie keine Rechtfertigungsgründe sind. Außer-

- 1) Lehmann - Hübner (op. cit., § 39, 340) sprechen ausdrücklich von "subjektiv rechtswidrig = schuldhaft." Zur "subjektiven Theorie" der Rechtswidrigkeit vgl. Becker, op. cit., Anm. E II zu Art. 41 OR, RNr. 37.
- 2) Bock, op. cit., 27; er beruft sich ausdrücklich auf den Strafrechtler Mezger.
- 3) A. a. O., 30. Höher zu bewertende Interessen lägen da vor, wo die Polizei in andere hoheitliche Funktionen des Staates eingreifen müßte. Mit dieser Begründung lehnt Bock das Vorgehen gegen das Militär ab, vgl. hierzu oben Seite 33 ff.
- 4) Grüttner, op. cit., 1034.
- 5) A. a. O., 1034.
- 6) Hoffmann, op. cit., 85.
- 7) A. a. O., 86 ff. und 91 ff.

dem ist die Beachtung der eigentlichen Rechtfertigungsgründe deswegen unstatthaft, weil sie alle subjektiven Momente enthalten. Die zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe der Selbsthilfe, der Notwehr und der Einwilligung verlangen die Berücksichtigung der inneren Einstellung des Handelnden (Verteidigungswille), bzw. des Einwilligenden (Verzichtserklärungswille) ¹⁾. Ebenso ist es bei den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen ²⁾. Gerade die subjektive Einstellung des Handelnden wirkt rechtfertigend. Ist diesem z.B. die objektiv vorliegende Einwilligung des anderen nicht bekannt, dann ist sein Verhalten rechtswidrig.

Da also eine Übernahme der Rechtfertigungsgründe aus den anderen Rechtsgebieten nicht möglich ist ³⁾, kann auch der dann uferlose Begriff der Rechtswidrigkeit im Polizeirecht nicht verwendet werden ⁴⁾.

Dazu kommt, daß rechtswidrig nur menschliches Verhalten sein kann. Die polizeiliche Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen wäre dann nicht zu begründen, wenn dieser Zustand auf Natureinflüsse zurückgeht. Denn dieser polizeiwidrige Zustand kann nicht rechtswidrig sein.

Dieses letzte Beispiel führt zu der anfangs angeschnittenen Frage, hier zunächst so formuliert: Warum hat der Eigentümer die Pflicht, sein Eigentum in polizeimäßigem Zustande zu erhalten?

IV. DIE PFLICHT DES EIGENTÜMERS, SEIN EIGENTUM IN POLIZEIMÄSSIGEM ZUSTANDE ZU ERHALTEN

Wird diese Pflicht auch überall postuliert ⁵⁾, so findet sich selten eine Begründung

- 1) Vgl. §§ 227 ff. BGB und Larenz, SchuldR II § 66 I e, 365 ff. und Lehmann - Hübner, op. cit., § 40, 347 ff.; sowie Art. 52 OR und Becker, op. cit., Anm. II 1 b zu Art. 52 OR, RNr 4.
- 2) Vgl. § 53 StGB und Mezger, StGB I, § 32, 86 ff.; er spricht ausdrücklich davon, daß es sich um "subjektive Unrechtselemente" handle; sowie Art. 33 StGB und Schwander, op. cit., § 12 I 2, 80 ff.
- 3) Ebenso Scholz-Forni, Verantwortlichkeit, 293 ff., 298.
- 4) Dies hebt auch Peters (Polizeiwidrigkeit, 400) besonders hervor; "Stets ist jedenfalls festzuhalten, daß Polizeiwidrigkeit und Rechtswidrigkeit grundverschieden und von einander zu trennen sind."
- 5) Statt aller: Drews - Wacke, op. cit., 231; Ebnöther, op. cit., 66 und Heinz Alex Voigt, op. cit., 93/94.

hierfür. Bahnbrechend war die noch heute gültige Untersuchung von Stier-Somlo aus dem Jahre 1898 ¹⁾. Er verneint die Ableitung der Pflicht aus dem Wesen des Staates. Dessen Souveränität ²⁾ reiche zwar dazu aus, tatsächlich diese Pflicht auszusprechen, eine Rechtfertigung liege hierin nicht. Aus dem Staatszweck sei die Pflicht auch nicht abzuleiten. Die Beschränkung des Eigentums im "Gemeininteresse" lasse die zugrundeliegende Frage offen, wann eine derartige Beschränkung notwendig sei ³⁾. Zwischen den dargestellten Lösungen einerseits vom Staate her und andererseits vom Individuum her ⁴⁾ kommt er zu einer Mittelmeinung: Weder Individuum allein, noch die Gesamtheit als solche schaffe das Eigentum ⁵⁾. "Wir sehen also, daß zur Begründung des Eigentums außer Arbeit . . . , noch der Machtspruch des Staates hinzukommen muß, daß der Einfluß der Gesellschaft das Eigentumsverhältnis mit schaffen, mit entwickeln hilft, um es schließlich durch die gesetzliche Anerkennung zu krönen" ⁶⁾.

Findet also das Eigentum bei seiner Entstehung die Gemeinschaft vor, dann muß eine Grenzziehung zwischen beiden vorgenommen werden. Immer ist zu beachten, "daß diese Grenzziehung nicht äußerlich erfolgt, nachdem bereits das Eigentum fertig entstanden ist, sondern daß die Grenze dem Eigentum immanent ist, daß sie mit ihm geboren wird und sich ausweiten oder verengen kann" ⁷⁾.

Daraus folgt: "Die innere Begründung der Pflicht des Eigentümers ist vielmehr darin zu finden, daß das Eigentum nicht schrankenlos entsteht, sich entwickelt und wirkt, sondern innerhalb der von der Gesellschaft naturaliter gezogenen Grenzen" ⁸⁾.

- 1) Franz Stier-Somlo, Die Pflicht des Eigenthümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeimäßigem Zustande, VerwArch. 6 (1898), 275 ff.
- 2) Vgl. hierzu die Ausführungen über Bodinus (oben Seite 5/6), auf den auch Stier-Somlo verweist, a. a. O., 286.
- 3) A. a. O., 287. Dazu Johannes Biermann, Privatrecht und Polizei in Preußen, Berlin 1897, 120 ff. Er geht wie die historische Rechtsschule vom positiven Recht aus. Das Eigentumsrecht sei "prinzipiell unbeschränkt". "Aber andererseits können dem Eigentum Schranken gesetzt werden. Soweit die Polizei diese gesetzlichen Schranken geltend macht, kann man von einer polizeilichen Einschränkung des Eigentums nicht reden", a. a. O., 122.
- 4) Näher dazu a. a. O., 277 ff., und 289 ff., vgl. oben Seite 6 ff.
- 5) A. a. O., 301.
- 6) Stier-Somlo, op. cit., 303.
- 7) A. a. O., 310.
- 8) A. a. O., 311.

Die Bestätigung dieser Ansicht liefert die spätere Entwicklung des deutschen Verfassungsrechts. Hatten noch § 164 Abs. 1 der Paulskirchen-Verfassung und Art. 9 Satz 1 der preußischen Verfassung ¹⁾ festgestellt: "Das Eigentum ist unverletzlich", so formulierte Art. 153 Abs. 3 der Weimarer Verfassung: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste." Art. 14 Abs. 2 des Grundgesetzes schließt sich dem inhaltlich an: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen."

Das schweizerische Recht gab dieser Sozialbindung des Eigentums bereits früher Ausdruck. Art. 641 Abs. 1 ZGB lautet: "Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen" ²⁾.

Diese Sozialpflicht des Eigentums entspricht abendländischer ³⁾ und christlicher ⁴⁾ Tradition.

1) Vgl. zu beiden oben Seite 10.

2) Hierzu Meier-Hayoz, op. cit., Anm. V zu Art. 641 ZGB, RNr. 20 ff. und ausführlich Hermann-Josef Schomaker, Die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers bei unverschuldeten Eigentumsüberschreitungen nach Schweizerischem und Deutschem Recht (Art. 679 des ZGB und § 1004 des BGB), Diss. Basel 1957, 15 ff. Er weist insbesondere auf die moderne Regelung des ZGB im Gegensatz zum BGB hin, a. a. O., 20 ff.

3) Vgl. zu Aristoteles und Cicero oben Seite 3/4. Das römischrechtliche Eigentum war ebenfalls sozialgebunden, vgl. Max Kaser, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. München und Berlin 1964, § 23, 89 ff. und Schomaker, op. cit., 6 ff. Es war begrifflich mit Pflichtinhalt versehen. Die Kontroverse zwischen dem "prinzipiell unbeschränkten römischrechtlichen" Eigentumsbegriff und dem "genossenschaftlichen deutschrechtlichen" war von Anfang an falsch gelagert, näher dazu Friedrich Karl Kühler, "Eigentum verpflichtet" - eine zivilrechtliche Generalklausel? AcP 159 (39 n.F., 1960/61), 236 ff., 245 Anm. 61.

Daher ist auch die Kritik von Schade (Eigentum und Polizei, AöR 25 (1909), 266 ff., insbesondere 274 ff. und 298 ff.) an Stier-Somlo nicht berechtigt. Es ist zwar richtig, "daß im Zweifel die Präsumtion für die Individualrechte spricht" (a. a. O., 298/299). Daraus folgt aber nicht der sich bei Schade anschließende Satz: "Daher muß auch das Eigentum dem Staate gegenüber als prinzipiell unbeschränkt hingestellt werden."

4) Thomas von Aquin: "Es ist unmöglich, daß ein Mensch gut sei, außer er stehe im rechten Bezug zum gemeinen Wohl" und: "Je mehr eine Tugend auf das gemeine Wohl bezogen ist, umso höheren Ranges ist sie" (Thomas von Aquin,

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Sozialpflichtigkeit dem Eigentum immanent ist. Damit schließt sich der Kreis: Die Polizei als Vollzugsorgan des Staates hat die Aufgabe der Aufrechterhaltung der äußeren Ordnung. Der Einzelne hat als Glied der Gemeinschaft seinen Teil zu dieser Ordnung beizutragen, soweit dies in seiner Macht steht; er hat also sein Eigentum in polizeimäßigem Zustande zu erhalten.

Übrig bleibt die Behandlung der Frage, was unter polizeimäßigem Zustande zu verstehen ist.

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 179

Summa theologica, hrsg. von Josef Pieper, Frankfurt und Hamburg 1956, II. Hauptteil, 1. Teil, quaestio 92, articulus 1 ad 3 sowie II. Hauptteil, 2. Teil, quaestio 141, articulus 8, a. a. O., 80);

Martin Luther: "nein, das begerd unser Herr Christus nicht das ich mit meinem gut mich zum Bettler, und den Bettler zum Herrn mache. Sondern, seiner notturft soll ich mich annehmen, und was ich vermag, ihm helfen, das der arme mit mir esse, und ich nicht mit dem armen esse." (Luther, Weimarer Ausgabe, Bd. 51, 385, cit. bei Kübler, op. cit., 244). Zwingli und Calvin betonen ebenfalls, daß das Eigentum Lehen, der Eigentümer Verwalter ist (näher mit Zitaten Kübler, op. cit., 244).

Erasmus von Rotterdam bezeichnet es sogar als Diebstahl, sein Hab und Gut dem Falschen zu geben: "Timotheus: Nach Christi Gebot soll man jedem geben, der einen bittet. Wenn ich das täte, könnte ich in vier Wochen selber betteln. Eusibius: Ich denke, Christus hat die im Auge, die um das Notwendige bitten. Es gibt ja auch solche, die einen um große Summen angehen, sie aufdringlich fordern oder besser gesagt aus einem herausquetschen, um schlemmerische Gelage zu veranstalten ... Solchen Leuten zu versagen, um was sie bitten, ist ein Almosen, ja es wäre ein Diebstahl, das solchen zu schenken, die einen schlechten Gebrauch davon machen, womit man der dringenden Not des Nächsten hätte abhelfen sollen ..." (Erasmus von Rotterdam, Convivium religiosum, hrsg. von Friedrich Heer, Frankfurt und Hamburg 1962, 79).

Die Sozialenzykliken betonen zunächst das naturgegebene Recht auf privates Eigentum (Mater et magistra, Nr. 109 und Quadragesimo anno, Nr. 49), andererseits wird hervorgehoben, daß die soziale Funktion aus dem Eigentumsrecht selbst entspringe ("ex ipso domini iure", Mater et magistra, Nr. 120, Quadragesimo anno, Nr. 45 und Rerum novarum, Nr. 7); vgl. Eberhard Welty, Mater et magistra, 2. Aufl. Freiburg 1962, 28 ff. und 148 ff.

V. DAS ERGEBNIS: DIE POLIZEIWDIRIGKEIT ALS ORDNUNGSWDIRIGKEIT

Das Gegensatzpaar polizeimäßiger und polizeiwidriger Zustand heißt, daß ein Zustand besteht, der entweder mit der Erfüllung der Aufgaben der Polizei in Einklang steht oder sich in Widerspruch dazu befindet.

Ist nun Aufgabe der Polizei, die öffentliche, äußere Ordnung aufrecht zu erhalten, dann ist derjenige Zustand polizeiwidrig, der mit dieser Ordnung nicht übereinstimmt, der entgegen der gebotenen Ordnung besteht, kurz: der ordnungswidrig ist.

Auch Peters ¹⁾ kommt zu diesem Ergebnis. Er billigt insbesondere Jellineks ²⁾ Gleichsetzung von Polizeiwidrigkeit und Ordnungswidrigkeit ³⁾. Hier wird trotzdem an dem gleichbedeutenden Ausdruck "Polizeiwidrigkeit" festgehalten. Denn vor allem für das deutsche Recht bestände sonst Verwechslungsgefahr mit den Tatbeständen des Gesetzes über "Ordnungswidrigkeiten" ⁴⁾. Diese haben mit dem Polizeirecht nichts gemeinsam ⁵⁾.

1) Peters, Polizeiwidrigkeit, 398.

2) Jellinek, Gesetz, 75.

3) Peters, Polizeiwidrigkeit, 382/383.

4) Vom 25. 3. 1952. Nach dessen § 1 ist "Ordnungswidrigkeit" eine Handlung, die ausschließlich mit Geldbuße bedroht ist; außerdem ist nach § 11 des Gesetzes Vorsatz oder Fahrlässigkeit erforderlich. Es handelt sich sonach um eine milde Form der Straftat.

5) Aus zwei Gründen kann die Formulierung in § 1 des bw PolG "rechts- oder ordnungswidrige Zustände" nicht gebilligt werden: Die Rechtswidrigkeit ist nicht identisch mit der Polizeiwidrigkeit, und der Begriff der Ordnungswidrigkeit führt zu der angegebenen Verwechslungsgefahr. Außerdem besteht kein sachlicher Unterschied zu den anderen Polizeigesetzen, vgl. oben Seite 15.

Der Ausdruck stammt aus § 30 des bad PolStGB's, vgl. oben Seite 13 Anm. 6 und dazu Thoma, Polizeibefehl, 284 ff.

§ 17 DER STÖRER ALS DERJENIGE, DER SEINEN RECHTSKREIS ÜBERSCHREITET

I. DAS FAZIT DES BISHERIGEN

Das Ergebnis der obigen Ausführungen: Den Eigentümer trifft auf Grund der Sozialgebundenheit seines Eigentums die Pflicht, dieses nicht in einen polizeiwidrigen Zustand kommen zu lassen. Verletzt er diese Pflicht, befindet sich also sein Eigentum in einem polizeiwidrigen Zustande, dann stört er die öffentliche Ordnung. Damit ist der Eigentümer Zustandsstörer, wenn die Störung vom Zustande seiner Sache ausgeht.

Dasselbe läßt sich für den Eigentümer als Verhaltensstörer sagen: Benützt der Einzelne sein Eigentum in der Weise, daß dabei eine Störung für die öffentliche Ordnung entsteht, dann ist er Verhaltensstörer. Dies verallgemeinert: Verletzt der Einzelne bei seinem Verhalten die ihm von der Gemeinschaft auferlegten Pflichten, und wird dabei die öffentliche Ordnung gestört, dann ist er Verhaltensstörer.

Die vom Staate dem Einzelnen auferlegten Pflichten sind in dessen gesetzlichen Bestimmungen enthalten. Eine Pflichtverletzung bedeutet sonach eine Überschreitung der vom Staate dem Einzelnen gezogenen Grenzen. Diese Grenzen sind die Schranken der dem Einzelnen zugestandenen Rechte innerhalb der Gemeinschaft. Also ist Störer derjenige, welcher seinen Rechtskreis überschreitet.

II. QUI IURE SUO UTITUR, NEMINEM LAEDIT

Damit greifen wir zurück auf diesen im schweizerischen Polizeirecht mehrfach zitierten Satz, dessen Ursprungsform sich in den Digesten Justinians befindet ¹⁾. Mit diesem - positiv formulierten - zivilrechtlichen Zitat kann es indessen nicht sein Bewenden haben. Denn dies allein läßt den Eindruck entstehen, als ob der Einzelne bei der Ausübung seiner Rechte auf niemanden Rücksicht zu nehmen habe. Diese Sicht des römischen Rechtes wurde bereits oben ²⁾ abgelehnt. Außer-

1) D 50.17.55: "Gaius libro secundo de testamentis ad edictum urbicum: Nemo videtur dolo facere, qui suo iure utitur."

2) Seite 179 Anm. 3.

dem sind die zivilrechtlichen Interpretationsschwierigkeiten hier ohne Belang ¹⁾.

Immerhin ist dieser Satz ein Anhaltspunkt, den es mit den polizeirechtlichen Anforderungen in Einklang zu bringen gilt. Hierbei ist davon auszugehen, daß es Aufgabe der Polizei ist, die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten, bzw. Störungen und Gefahren für diese zu beseitigen; die Rechte des Einzelnen können daher nur so weit gehen, als die öffentliche Ordnung nicht gestört oder gefährdet wird. Sie ist die Grenze für die Rechte des Einzelnen. "Es gehört von vornherein nicht zur Freiheit des Einzelnen, daß er auch die gute Ordnung des Gemeinwesens, in das er hineingestellt ist, durch sein Verhalten stören dürfte; jeder hat vielmehr die gesellschaftliche Pflicht, solche Störungen zu unterlassen" ²⁾.

Daher kann Schnur ³⁾ zugestimmt werden, wenn er schreibt: "Danach bewegt sich der Bürger nur dann in den Schranken seines Rechts, wenn er nicht gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verstößt."

III. DIE SCHRANKE DER ÖFFENTLICHEN ORDNUNG

Ist nun festgestellt, daß die öffentliche Ordnung die Schranke für die Rechtsausübung in jedem Falle ist, dann taucht ein Bedenken auf, daß sich aus der Natur der öffentlichen Ordnung ergibt. Dieser Begriff ist nicht ein für alle Mal festgelegt. Sein Inhalt unterliegt dem Wandel der Zeiten und ist auch nach Ländern verschieden ⁴⁾. Diese hieraus folgende relative Unbestimmtheit muß einerseits

1) Eingehend dazu Schomaker, op. cit., 26 ff. Er kommt zu dem Resultat, daß es möglicherweise heute nicht mehr gelingt, den Sinn des Satzes ganz zu deuten, a. a. O., 28/29.

2) Otto Mayer, VR I, 207; sich ihm anschließend Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes, 78; Maunz - Dürig, op. cit., Anm. VIII 9 zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 79 ff., insbesondere RNr. 82 und Drews - Wacke, op. cit., 132. Heinz Alex Voigt, op. cit., 93/94; Heinrich Müller, op. cit., 107/108 und Bumbacher, op. cit., 125.

3) Schnur, op. cit., 4.

4) Es geht wohl nicht zu weit, wenn man z. B. die Anforderungen an die im Begriff mitenthaltene öffentliche Sittlichkeit in der Schweiz als strenger gegenüber den Maßstäben in Deutschland bezeichnet, vgl. für die Schweiz Bumbacher, op. cit., 76 ff. und für Deutschland Drews - Wacke, 80 ff. Beispielsweise hob der Regierungsrat des Kantons St. Gallen mit dem Entscheid vom 17. 5. 1962, GVP 1962, 174, die Verweigerung einer Baugenehmigung für

als in der Natur der Sache liegend hingenommen werden ¹⁾; andererseits besteht darin der Vorteil der Anpassung an die gegebenen Zeit- und Ortsumstände. Nicht zu vermeiden ist die Konsequenz daraus, daß der Umfang der Polizeipflicht je nach den Anforderungen, welche die öffentliche Ordnung in concreto stellt, Schwankungen unterliegt. Den Störer-Begriff berührt dies nicht.

IV. DAS VERHÄLTNIS ZUR RECHTSWIDRIGKEIT

Wenn der Störer als derjenige definiert worden ist, der seinen Rechts-Kreis überschreitet, dann erscheint es notwendig, hier nochmals auf das Verhältnis zur Rechtswidrigkeit einzugehen. Denn vordergründig könnte die mögliche Gegenargumentation lauten: Wer seinen Rechtskreis überschreite, der verhalte sich eben "rechtswidrig". Bei genauer Betrachtung ist dieses Argument jedoch nicht stichhaltig.

Zum ersten muß die Polizeipflicht den Zustand von Sachen auf Grund von Naturereignissen umfassen. Hierfür scheidet der Begriff der "Rechtswidrigkeit" aus.

Zum zweiten ist die "Rechtswidrigkeit" ein terminus technicus der beiden anderen Rechtsgebiete, der auf das Polizeirecht nicht übertragen werden kann. Zwei Besonderheiten machen das deutlich. Die eine beruht darauf, daß im Zivil- und Strafrecht die Rechtswidrigkeit ihr notwendiges Korrelat in den subjektiv gefärbten Rechtfertigungsgründen hat. Die andere hat ihren Grund in den speziellen Anforderungen des Polizeirechts. Die Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung ist ein äußerlicher und tatsächlicher Zustand. Daher können die Wert- und Unwertvorstellungen der anderen Rechtsgebiete hier nicht herangezogen werden.

Richtig führt Peters ²⁾ aus, daß bei strafbaren Handlungen - bei denen die Rechtswidrigkeit gegeben ist - die Polizei nur dann einzuschreiten hat, wenn die öffentliche Ordnung gestört ist. Deshalb wurde trotz des eventuell vorliegenden Ehe-

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 183

Mormonen auf. Der ehemals vertretene Grundsatz der Vielweiberei sei keine Verletzung der heutigen öffentlichen Ordnung. Vgl. zum Problem der öffentlichen Sittlichkeit weiterhin § 18 III 4 der Arbeit.

1) Vgl. aber zum Inhalt der öffentlichen Ordnung im materiellen Rechtsstaat § 18 III 2 der Arbeit.

2) Peters, Polizeiwidrigkeit, 401.

bruchs im Hausangestellten-Fall ¹⁾ die Störer-Eigenschaft des Ehemannes verneint. Bumbacher schreibt in demselben Sinne ²⁾: "Bei der öffentlichen Ordnung ist es nun aber nicht so, daß sie sich in Strafrechtsnormen erschöpft. Als Generalklausel im eigentlichen Sinne will sie vielmehr Tatbestände mitumfassen, die durch kein Gesetz vorgesehen wurden, also an sich keine Rechtswidrigkeiten darstellen können ... Eine Beschränkung auf das 'rechtswidrige Verhalten' stünde somit in Widerspruch zum Zweck, der mit der Einführung der primären Generalklausel ins Recht verfolgt wurde."

V. DAS ERFORDERNIS DER INHALTLICHEN BESTIMMTHEIT

Ist der Störer-Begriff damit formell aus dem Verhältnis Individuum - Staat abgeleitet, so ist nunmehr die Aufgabe, diesen Begriff materiell auszufüllen. Die Grenzen der Rechte des Einzelnen müssen bestimmt werden. Denn in dieser Form träfe den Begriff zu Recht der Vorwurf der Unbestimmtheit. Über den Inhalt des Rechtskreises ist mit dieser Definition noch nichts ausgesagt und damit auch nicht über dessen Überschreiten.

1) Vgl. oben Seite 152.

2) Bumbacher, op. cit., 102.

§ 18 DIE GRUNDRECHTE ALS BESCHRÄNKUNGEN DER POLIZEIGEWALT

I. DIE GRUNDRECHTE ALS TEIL DES RECHTSKREISES

Bei der Bestimmung des Inhalts des Rechtskreises kommen als erste und oberste Rechte die Grund- oder Freiheitsrechte in Betracht. Eingangs möge ein Zitat von Huber die Situation beleuchten: "Die vorstehenden Ausführungen haben auch gezeigt, daß den Grundrechten nicht dadurch hinreichend Genüge getan ist, daß die Grundsätze, wonach die polizeilichen Eingriffe verhältnismäßig sein müssen und die Polizei sich gegen den Störer zu richten hat, angewendet werden" ¹⁾.

Huber geht also davon aus, daß die Störereigenschaft unabhängig von der Ausübung eines Grundrechtes ist. Dies steht mit der deutschen Auffassung in Einklang, die ebenfalls bei der Erörterung des Störerbegriffs auf eine Erwähnung der Grundrechte verzichtet. Immerhin fordert sie wie Huber deren zusätzliche Berücksichtigung ²⁾.

Der obige ³⁾ Aufriß der Entwicklung der Grundrechtsgeltung in der Schweiz und in Deutschland seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts hat deutlich gemacht, daß die Grundrechte als "Abwehrrechte" dem Staat gegenüber gedacht waren ⁴⁾. Im Vordergrund stand das Bestreben einer Beschränkung der Staatsmacht ⁵⁾.

Der Übergang zum Rechtsstaat und zur Gewaltenteilung führte zum Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung. Dieser Grundsatz gab die Grundlage für die Erörterung der Geltung der polizeilichen Generalklausel ⁶⁾. Daher wurde in beiden Ländern das Verhältnis der Grundrechte zur Polizeigewalt bis heute unter dem Gesichtspunkt

1) Hans Huber, Grundrechte und Polizeigewalt, ZBl. 53 (1952), 233 ff. (Polizeigewalt), 240.

2) Statt aller: Drews - Wacke, op. cit., 131/132; "So ist es heute unbedingte Pflicht der Polizeibehörden, die Grundrechte der Bundes- und Landesverfassungen zu respektieren und sich jedes Eingriffs in ihren Bereich zu enthalten."

3) Seite 9 ff.

4) Claude du Pasquier, La liberté et le droit suisse, FGBV, 1 ff., 3; "L'antagoniste classique de la liberté est l'Etat."

5) Maunz (StR, § 13 I, 76) bemerkt dazu, daß "dieser historisch verständliche Dualismus die Entwicklung der Grundrechte bis zur Gegenwart beeinflusste."

6) Vgl. oben Seiten 12 und 21 ff.

der polizeilichen Generalklausel betrachtet ¹⁾).

Nachdem wir aber den Störer als denjenigen definiert haben, der seinen Rechtskreis überschreitet, verlagert sich die Problematik;

Das Ergebnis der historischen Entwicklung besteht darin, daß die Grundrechte als "unmittelbar geltendes Recht" (Art. 1 Abs. 3 GG) ²⁾ zuallererst die Rechte des Einzelnen umschreiben. Sie gehören sonach zu dessen Rechtskreis. Hieraus ergibt sich die Einbeziehung der Grundrechte in den Störer-Begriff.

Bislang wurden zwei Fragen gestellt: Ob die Polizei erstens gegen den Störer vorgegangen ist, und zweitens, ob sie dabei dessen Grundrechte gewahrt hat. Die Aufnahme der Grundrechte in den Rechtskreis des Einzelnen hat zur Folge, daß das Problem auf eine einzige Frage verkürzt wird. Sie lautet: Befindet sich der Einzelne in der Ausübung eines seiner Grundrechte? Fällt die Antwort positiv aus, dann kann er nicht Störer sein, so daß ein polizeiliches Vorgehen gegen ihn unzulässig ist.

Die Aufgabe besteht nun darin, die Grenzen der Grundrechte zu bestimmen, um den Störer-Begriff inhaltlich zu umschreiben. Denn das Kriterium ist, ob der Einzelne eines seiner Grundrechte überschreitet. Nur dann ist er Störer.

Es erscheint zweckmäßig, zuvor auf den Geltungsumfang der Grundrechte kurz einzugehen. Daraus lassen sich Folgerungen für deren Grenzen ziehen.

Die Geltung der Grundrechte gehört zum Wesen des Rechtsstaats im materiellen Sinne ³⁾.

- 1) Z.B.: Maunz - Dürig, op. cit., Anm. VIII zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 79 ff.; Karl Zeidler, Zur Problematik von Art. 2 Abs. 1 GG, NJW 1954, 1068; Dürig, Nochmals zur Problematik von Art. 2 Abs. 1 GG, NJW 1954, 1394; Wolfram Rohde-Liebenau, Grundrechte und Polizei, DÖV 1957, 472; Brünner, op. cit., 59 ff.; Bumbacher, op. cit., 112 ff.; Hans Huber, Polizeigewalt, 233 ff.; Giacometti, StRK, 169 ff. und Fleiner - Giacometti, op. cit., 246 ff.
- 2) Mit derselben Formulierung für die Schweiz: Hans Huber, Die Verfassungsbeschwerde, vergleichende und kritische Betrachtungen, Karlsruhe 1954 (Verfassungsbeschwerde), 15.
- 3) Hierzu und zum Rechtsstaat im formellen Sinne vgl. oben Seite 21 Anm. 5. Erwin Duck (Freiheit und Rechtsstaat, FGBV, 75 ff. (Freiheit), 78) schreibt, daß die "Freiheit des Einzelnen den Rechtsstaat kennzeichnet". Aus seiner

Ihr Geltungsgrund wurde anfangs im Naturrecht gesehen ¹⁾. Das Grundgesetz steht auf diesem Boden und hat sich für "vorstaatliche, vorverfassungsmaßige Menschenrechte" ²⁾ entschieden. Auch Kägi ³⁾ spricht davon, daß den Freiheitsrechten "wieder mehr und mehr absoluter 'vor- und überstaatlicher' Charakter vindiziert" werde. Ruck allerdings erklärt ihre Ableitung aus dem Naturrecht als "biologisch und juristisch aussichtslos" ⁴⁾ und meint, daß die Freiheitsrechte heute auf dem positiven Recht gründen. Trifft dies Letztere auch für die Bundesverfassung und das Grundgesetz zu, so weist die Frage ihrer Ableitung darüber hinaus ⁵⁾. Es kann Huber zugestimmt werden, wenn er ausführt ⁶⁾: "Zwar liegen auch die Grundrechte eingebettet in die politische-soziale Wirklichkeit eines Staates. Als elementare, überpositive Rechtsgrundsätze ragen sie aber doch auch wieder aus dieser Wirklichkeit und aus dem übrigen Verfassungsrecht heraus" ⁷⁾.

Die Grundrechte sind als Kennzeichen des materiellen Rechtsstaats dessen tragende Säulen. Auf ihnen baut er sich auf. Ihre Bedeutung liegt außerdem darin, daß sie menschliche Grundentscheidungen enthalten und im Rechtskreis des Einzelnen eine vorzügliche Stellung einnehmen.

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 187

Ablehnung der "formalen Rechtsstaatstheorie", deren Fehler es sei, "keine Anforderungen an den Inhalt der rechtsstaatlichen Ordnung" zu stellen (a. a. O., 76), ergibt sich die Übereinstimmung mit dem Text.

- 1) Vgl. oben Seite 7/8.
- 2) Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes, 62.
- 3) Werner Kägi, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus (Vom Verhältnis der drei grundlegenden Freiheiten unserer Rechtsgemeinschaft), FGBV, 53 ff., 55.
- 4) Ruck, Freiheit, FGBV, 86.
- 5) Hans Huber, (Die Grundrechte in der Schweiz, in: Die Grundrechte, I. Band, 1. Halbband, Berlin 1966, 175 ff. (Grundrechte), 187) schreibt, die Verfassung beurteile diese Frage nicht.
- 6) Hans Huber, Verfassungsbeschwerde, 15.
- 7) Der Streit über den positiven oder überpositiven Charakter der Grundrechte kann hier auf sich beruhen, da die folgenden Ausführungen hiervon nicht abhängen. Zu der Frage vgl. Erich Fechner, Die soziologische Grenze der Grundrechte, Versuch einer Ordnung der einwirkenden Kräfte zum Zwecke ihrer besseren Beherrschung, Recht und Staat Nr. 177, Tübingen 1954, 27 Anm. 20.

II. DIE ALLGEMEINEN GRENZEN DER GRUNDRECHTE

Aus dem Geltungsumfang der Grundrechte ist auf ihren hervorragenden Rang zu schließen. Dennoch gelten sie nicht schrankenlos. Ein grenzenloser Liberalismus würde die Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums übersehen ¹⁾. Dieser Sachverhalt wird allgemein gekennzeichnet mit dem Bild, daß jedes Freiheitsrecht von vornherein gewisse "inhärente" oder "immanente" "Schranken" oder "Grenzen" ²⁾ in sich trage ³⁾. Die Grundrechtsartikel im Grundgesetz, in der Bundesverfassung, in den Länder- und Kantonsverfassungen enthalten zum Teil Vorbehalte zur Einschränkung der Freiheit des Einzelnen. Ausgehend von der Interpretation der "besonderen Vorbehalte" ⁴⁾ versuchte man in Deutschland, die "vorbehaltslos" garantierten Grundrechte hinsichtlich ihres Geltungsumfanges zu begrenzen ⁵⁾.

- 1) Bereits die *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* vom 26. 8. 1789 hatte in Art. 4 zum Ausdruck gebracht, daß der Freiheit Grenzen gesetzt sind, dazu Marcel Bridel, *Sur les limites des libertés individuelles*, FGBV, 99 ff., 100.

Noch deutlicher wird dies im ersten Titel der französischen Verfassung vom 3. 9. 1791: *Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois, qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils, consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce, qui ne nuit ni aux droits d'autrui ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes, qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société.*"

Günther Franz, *Staatsverfassungen. Eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart in Urtext und Übersetzung*, 2. Aufl. München 1964, 308.

- 2) Beide Ausdrücke werden synonym gebraucht. Da es sich hier um die Bestimmung der "Grenzen" des Rechtskreises handelt, wird allein dieser Ausdruck verwendet.
- 3) Statt aller: Eike von Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 19, Berlin 1965, 14.
- 4) Diese sind oft nicht vollständig, vgl. näher Walter Hamel, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Berlin 1957, 50 ff.
- 5) Das führte zu der Frage, ob aus dem "Soweit"-Satz des Art. 2 Abs. 1 GG ein mittelbarer Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Schranken bei den Grundrechten abgeleitet werden kann, "die infolge Fehlens eines Beschränkungsvorbehalts scheinbar gänzlich schrankenlos sind", Maunz - Dürig, *op. cit.*, Anm. VIII 1 zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 69.

Für die Schweiz kommt hinzu, daß "die Vorbehaltsschranken bunt und uneinheitlich, auch nicht aufeinander abgestimmt sind" ¹⁾. Außerdem lassen sich beispielsweise die Bestimmungen der kantonalen Verfassungen zur Versammlungsfreiheit zurückführen auf den Vorbehalt des allgemeinen Rechts als den gemeinsamen Nenner ²⁾.

Daß auch die "vorbehaltslos" garantierten Grundrechte nicht absolute Geltung beanspruchen können, ist eine Folge des Gedankens, den du Pasquier mit folgenden Worten ausdrückt: "La liberté n'est pas une valeur absolue; si le droit ne la limitait pas, il se renierait lui-même et créerait l'anarchie" ³⁾.

Des weiteren stellen die Grundrechte den Versuch dar, Grundfragen der Sozialordnung in sinnvoller Weise zu regeln ⁴⁾, wobei das Bekenntnis zu einer freiheitlichen Grundordnung den Sinngehalt gibt. Bei diesem Ausgangspunkt kann aber nicht übersehen werden, daß die Grundrechtsnormen lediglich abstrakt gefaßte Rechtsnormen ⁵⁾, Grundsatznormen darstellen. Deren abstrakte Prinzipien bedürfen der Konkretisierung ⁶⁾. Das Bekenntnis zu einer freiheitlichen Grundordnung bedeutet für die von den Grundrechten gegebenen Richtlinien, daß dem Freiheitsinteresse des Einzelnen ein besonderes Gewicht zukommt. Dies bedeutet jedoch nicht, daß andere Interessen von der Berücksichtigung ausgeschlossen wären ⁷⁾.

1) Hans Huber, Grundrechte, 206.

2) Vgl. hierzu ausführlich: Hoerni, op. cit., 108 ff., 112.

3) Du Pasquier, op. cit., FGBV, 12.

4) Eike von Hippel, op. cit., 15.

5) "Die Freiheitsrechte erscheinen als Sätze, die ein Sollen statuieren, als Verhaltensvorschriften, das heißt als Normen", Bumbacher, op. cit., 19.

6) Georg Jellinek (Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. Aufl. München und Leipzig 1919, 4) spricht von "abstrakten, erst durch detaillierte gesetzgeberische Durchbildung lebensfähige Prinzipien."

Hans Huber (Verfassungsbeschwerde, 18) führt aus: "Allein die Grundrechte klingen doch wie ein Programm, haben die Weite und Unbestimmtheit eines Programmes ... Die ideengeschichtlichen Zusammenhänge unserer abendländischen Rechtskultur verlangen gebieterisch, bei dieser Konkretisierung der normativen Wertordnung der Grundrechte in Anschlag gebracht zu werden."

7) Sowohl du Pasquier (op. cit., FGBV, 12) als auch Bridel (op. cit., FGBV, 102) sprechen von einer "échelle de valeurs."

Das BVerfG geht in diesem Sinne von einer "grundsätzlichen Freiheitsvermutung" aus ¹⁾. Dem ist zuzustimmen. Denn auch nach der Ordnung des Grundgesetzes ist "die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Rechtswert" ²⁾. Bedenken aber erweckt die sich anschließende Formulierung vom "grundsätzlichen Vorrang des Freiheitsrechts", und zwar aus folgenden Gründen:

Die Grundrechtsnormen sind abstrakt gefaßte Rechtsnormen. Jede Rechtsnorm als "sozialer Soll-Satz" ³⁾ bestimmt für ihren Adressaten, wie er sich in einer bestimmten Situation zu verhalten habe. Sie gilt für bestimmte Lebenslagen. Bei jeder Rechtsnorm ist somit die Frage zu beantworten, für welche Fälle sie Geltung beansprucht.

Dieses Problem stellt sich auch für die Grundrechtsnormen. Sie gelten nicht in abstracto, sondern für die Fälle, in denen das Freiheitsinteresse - zu dessen Schutz die Grundrechte bestehen - wirklich vorrangig ist ⁴⁾. Diese Entscheidung über das Rangverhältnis kann jedoch erst auf Grund einer wertenden Betrachtung gefällt werden. Denn es gibt andere Güter, die diesem Interesse an Bedeutung und Schutzwürdigkeit vorgehen ⁵⁾.

Die Formulierung vom grundsätzlichen Vorrang des Freiheitsrechts geht zu weit, weil damit die notwendige Wertung ausgeschlossen wird ⁶⁾.

- 1) Vgl. die schweizerischen Autoren zum Polizeirecht, die das ebenfalls betonen, oben Seite 167 ff.
- 2) BVerfGE 13, 97, 104/105, Beschluß vom 17. 7. 1961, ebenso BVerfGE 7, 377, 405, Urteil vom 11. 6. 1958 und Nipperdey, Entfaltung, 789; Hans Huber (Grundrechte, 191); "Die freie menschliche Persönlichkeit als Maß und Ziel in der Verbundenheit von Recht und Staat beansprucht mehr Geltung."
- 3) Fritz von Hippel, Recht und Unrecht, in: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, Studien zur Rechtsmethode und zur Rechtserkenntnis, Frankfurt 1964, 265 ff., 294.
- 4) Bridel (op. cit., FGBV, 108): "Matériellement, nous avons vu que l'application des libertés individuelles se résout, en dernière analyse, en des jugements de valeurs, selon une échelle de préférence."
- 5) Hier sei auf den elf Punkte umfassenden Interessenkatalog hingewiesen, den du Pasquier (op. cit., FGBV, 7 ff.) aufgestellt hat.
- 6) Bumbacher (op. cit., 53) kennzeichnet diesen Sachverhalt von der umgekehrten Sicht her: "Es verhält sich nämlich keineswegs so, daß immer und in jedem Falle das Individuum weichen muß, und eo ipso der Allgemeinheit der Vorzug zu geben ist ... Beim Zusammenprall von Individualinteresse und öffentlicher Ordnung hat vielmehr eine sorgfältige Interessenabwägung statt-

III. DIE BESTIMMUNG DER GRENZEN FÜR DEN STÖRER

1. Das Verhältnis von Freiheit und Ordnung

Für den Geltungsbereich der Grundrechte lassen sich Folgerungen durch die ausdrücklichen Vorbehalte und durch die inhärenten Grenzen ziehen. Beide sind "die Übergänge von der Allgemeinheit, der juristischen Weiträumigkeit, und der Ideenhöhe der Grundrechte zum Spezialrecht, z.B. zum Strafrecht, zum Polizeirecht" ¹⁾.

Da die Grenzen der Grundrechte für den Störer im Polizeirecht bestimmt werden sollen, sind nunmehr die Besonderheiten dieses Rechtsgebietes zu berücksichtigen. Ausgangspunkt ist die Aufgabe der Polizei, die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten. Ihr Daseinszweck ist Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen für die öffentliche Ordnung. Diese ist damit der Zentralbegriff des Polizeirechts.

Führen wir die Frage zunächst zurück auf das Problem der Ordnung, so tritt uns folgendes Schlagwort entgegen: "Keine Freiheit ohne Ordnung und keine Ordnung ohne Freiheit" ²⁾. Ist der erste Teil des Satzes auf Grund der vorangegangenen Ausführungen verständlich, so bedarf dessen zweiter Teil der Untersuchung; vor allem deswegen, weil es nicht auf der Hand liegt, warum die Ordnung der Gesamtheit von der Freiheit des Einzelnen abhängen soll.

Die Erörterung setzt bei dem Begriff der Ordnung "an sich" ³⁾ ein. Vom Wort her ist Ordnung die sinnvolle Beziehung unter Dingen und das sinnvolle Zusammensein von Teilen eines Ganzen. Da es sich um den Begriff der menschlichen Ordnung handelt, stellt sich diese dar als geregeltes Zusammenleben unter den Einzelnen einerseits und zwischen den Einzelnen und der Gemeinschaft andererseits.

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 191

zufinden." Damit stimmt er mit dem Ausgangspunkt des Textes überein. Hierzu Bridel (op. cit., FGBV, 115): "La première de ces règles, c'est que la liberté se présume."

- 1) Hans Huber, Verfassungsbeschwerde, 21.
- 2) Alfred von Martin, Ordnung und Freiheit in ihren grundlegenden Beziehungen, in: Ordnung und Freiheit, Materialien zu Grundfragen des Soziallebens, Frankfurt 1956, 29.
- 3) Hiermit soll zum Ausdruck kommen, daß es sich zunächst um die Ordnung überhaupt handelt.

Die Frage nach dem Sinn der menschlichen Ordnung beantwortet Kant aus der Natur des Menschen als dessen "ungeselliger Geselligkeit". Der kategorische Imperativ ¹⁾ erscheint ihm als das allgemeine Gesetz, wonach die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen zusammen bestehen kann. Den Grund des kategorischen Imperativs findet er darin, daß der Mensch "als Zweck an sich selbst" existiert ²⁾. Dies wiederum führt er zurück auf die "Autonomie seiner Freiheit" ³⁾.

Ergibt sich hieraus der Bezug zwischen Ordnung und Freiheit, so läßt sich diese Wechselwirkung im materiellen Rechtsstaat auch auf anderen Wegen nachweisen.

Maihofer ⁴⁾ unterscheidet zwischen dem Selbstsein und dem "Alssein". Unter ersterem versteht er die Entwicklung der Anlagen der Einzelpersönlichkeit ⁵⁾, unter letzterem - im Anschluß an Gedanken der Existenzphilosophie - die Teilhabe am Sein der Objektivität der Welt. Abgeleitet ist das "Alssein" daraus, daß der Einzelne "als" Vater, "als" Arzt, "als" Untergebener u.s.w. am Sozialleben teilnimmt ⁶⁾. Ordnung ist für ihn die "Ortung des Selbstseins im Alssein" als "Zusam-

-
- 1) "Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne", Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, 1788, hrsg. von Joachim Kopper, Stuttgart 1963, Erster Teil, I. Buch, 1. Hauptstück, § 7, a. a. O., 53.
 - 2) Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. 1786, hrsg. von Theodor Valentiner, Stuttgart 1965, Zweiter Abschnitt, a. a. O., 77/78.
 - 3) Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Erster Teil, I. Buch, 3. Hauptstück, a. a. O., 141, vgl. oben das Zitat Seite 7 Anm. 7.
 - 4) Werner Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, Frankfurt 1956, 52.
 - 5) In einseitiger und übersteigter Form etwa bei Friedrich Nietzsche, Der Wille zur Macht, München 1959: "Kein Verhältnis zwischen Abzahlung und Leistung! Sondern das Individuum, je nach seiner Art, so stellen, daß es das Höchste leisten kann, was in seinem Bereich liegt" (Kap. 763, a. a. O., 346) und: "Das Individuum ist etwas ganz Neues und Neuschaffendes, etwas Absolutes, alle Handlungen ganz sein Eigen. Die Werte für seine Handlungen entnimmt der einzelne zuletzt doch sich selber; weil er auch die überlieferten Worte sich ganz individuell deuten muß" (Kap. 767, a. a. O., 349).
 - 6) Das hat Epiktet (Handbüchlein der Ethik, Stuttgart 1958) auf folgende Weise ausgedrückt: "Gedenke, daß du Darsteller bist eines Stückes, das der Spielleiter bestimmt. . . Denn deine Sache ist es, die zugewiesene Rolle ordentlich zu spielen; sie auszuwählen, ist Sache eines anderen." (Kap. 17, a. a. O., 25). "Die Pflichten sind gewöhnlich den Verhältnissen angepaßt. Hier ist dein Vater . . . (damit ist die Stellung des Sohnes angesprochen) . . .

menstimmung dieser wechselseitigen Entsprechungen" ¹⁾. Vertikale und horizontale Struktur der Ordnung ergeben sich aus der Zu- bzw. Über- und Unterordnung des einen zum anderen und aus deren Gleichordnung, womit das "herrschaftliche" Element einerseits und das "genossenschaftliche" Element der Ordnung andererseits gekennzeichnet ist ²⁾.

Wesentlich ist nun, daß sich aus dieser wechselseitigen Entsprechung von Selbstsein und Alsein für deren Rangverhältnis nichts ergibt ³⁾. Maihofer selbst stellt fest, daß "alle Stufen der 'partiellen' und (nahezu) 'totalen' Verwiesenheit des Einen auf den Anderen" ⁴⁾ möglich ist.

Die Ordnung - als Beziehungsgefüge der Einzelnen untereinander und dieser zur Gesamtheit - enthält sonach keine aus ihrem Wesen abzuleitenden Rangkriterien, wonach das Entsprechungsverhältnis bewertet werden könnte.

Dasselbe vorläufige Ergebnis finden wir, wenn wir auf die Aufgabe der Polizei abstellen und die öffentliche Ordnung untersuchen:

Vom Tatsächlichen her ist Ordnung ein Zustand des Ungestörtseins, der Ruhe und des Friedens. Das Merkmal der Öffentlichkeit bedeutet den Bezug zur Allgemeinheit. Da der Staat deren intensivste Ausprägung ist, bedeutet öffentliche Ordnung: Ordnung im Staate. Einmal liegt hierin der Schutz der Gesellschaftssphäre ⁵⁾, zum

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 193

In gleicher Weise wirst du die Pflicht eines Nachbarn, eines Bürgers, eines Feldherrn begreifen, wenn du dich gewöhnst, die Verhältnisse richtig zu sehen." (Kap. 30, a. a. O., 33/34).

1) Maihofer, op. cit., 63.

2) A. a. O., 68/69.

3) Augustinus (De civitate dei, 19. Buch, 13. Kap., hrsg. von Karl Völker, Jena 1923, 155) definiert: "Ordo est parium dispariumque rerum sua cuique loca tribuens dispositio." Auch hier bleibt die Frage offen, welcher der den Dingen zukommende Platz ist, m. a. W.: Das Rangverhältnis wird nicht erörtert.

4) Maihofer, op. cit., 77. Ein Beispiel dieser umfassenden Unterordnung unter den Staat liefert Aristoteles (Politeia, Hamburg 1965, VIII. Buch, 1. Kap., RNr. 1337 a), trotz seines Ausgangspunktes, daß man zuerst nach dem Staatsbürger fragen müsse (Politeia, III. Buch, 1. Kap., RNr. 1274 b), vgl. zum Ganzen oben Seite 3/4.

5) Etwa im Sinne Otto Mayers, (VR I, 221) als "gute Ordnung des Gemeinwesens."

anderen der Schutz des Bestandes des Staates; die öffentliche Ordnung ist dann Staatsschutzklausel ¹⁾).

Im Schutz der Gesellschaftssphäre kommt das Verlangen nach Ruhe und Frieden zum Ausdruck. Diese Synonyma der Ordnung sind wieder Generalklauseln, so daß deren Begriffsinhalt mit unbeschränkter Subsumtionsmöglichkeit ins Uferlose zu geraten droht. Also sind Beschränkungen nötig.

Dies zeigt sich noch deutlicher bei der öffentlichen Ordnung als Staatsschutzklausel. "Celui-ci comporte d'abord la défense de l'ordre établi, c'est-à-dire de l'Etat; d'où l'interdiction de toute activité subversive" ²⁾. Es geht sonach um den Schutz der Staatsgrundlagen. Normative Grundordnung des Staates ist dessen Verfassung. Öffentliche Ordnung ist also Schutz der Verfassung eines Staates ³⁾. Kennzeichen der Verfassung im formellen Sinne ist lediglich deren erhöhte formelle Gesetzeskraft ⁴⁾.

Schutz der Grundordnung weist jedoch auf die Verfassung im materiellen Sinne, die sich als Verwirklichung einer bestimmten Staatsidee darstellt. Deren Grundgehalt ist die insgesamt in der Verfassung zum Ausdruck kommende verfassungsmäßige Ordnung. Schutzobjekt der öffentlichen Ordnung ist damit die verfassungsmäßige Ordnung ⁵⁾.

1) Näher hierzu Bumbacher, op. cit., 83 ff.

Die deutsche Polizeirechtswissenschaft trennt diesen Aspekt der öffentlichen Ordnung und subsumiert ihn unter den Begriff der "öffentlichen Sicherheit", vgl. statt aller Drews - Wacke, op. cit., 63 ff. Dieses Verfahren ist unnötig, denn es handelt sich um ein Synonym des Ordnungsbegriffs; Fleiner - Giacometti, BStR, 303: "öffentliche Ordnung, das heißt öffentliche Ruhe, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit." Du Pasquier, op. cit., FGBV, 9; "la notion de l'ordre public embrasse celle de sécurité publique."

Die deutsche Trennung hat lediglich historische Gründe, vgl. die Formulierung des § 10 II 17 ALR oben Seite 8.

2) Du Pasquier, op. cit., FGBV, 8. Inhaltlich dasselbe unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit Drews - Wacke, op. cit., 63: "Einmal sind abzuwehren Gefahren, die den Bestand des Staates, seiner Einrichtungen und Symbole oder das ungehinderte Funktionieren seines Organismus bedrohen."

3) Bumbacher, op. cit., 86.

4) Fleiner - Giacometti, BStR, 22.

5) Diese Standortbestimmung beseitigt die von Hans Huber (Grundrechte, 207) angegebene Verwechslungsgefahr von öffentlicher und verfassungsmäßiger Ordnung. Zur verfassungsmäßigen Ordnung näher Maunz - Dürig, op. cit., Anm.

Jeder Staat besitzt eine verfassungsmäßige Ordnung, denn jede Staatsform ist die Verwirklichung einer bestimmten Staatsidee. Der Begriff der öffentlichen Ordnung "an sich" ist sonach wertneutral ¹⁾.

Aus der drohenden Uferlosigkeit des Schutzes der Gesellschaftssphäre und aus der Wertneutralität der Staatsschutzklausel ergibt sich die notwendige Folgerung:

Eine Inhaltsbestimmung der öffentlichen Ordnung kann sich erst aus dem konkreten Bezug ²⁾ zu einer bestimmten Staatsidee ergeben ³⁾.

Für die Schweiz und für Deutschland ⁴⁾ bedeutet das ein Zurückgehen auf die

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 195

III 3 zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 17 ff. und Bumbacher, op. cit., 90 ff. Rohde-Liebenau (op. cit., DÖV 1957, 472) hat also Recht wenn er schreibt, daß "der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung seinen Inhalt aus der verfassungsmäßigen Ordnung und nicht umgekehrt die verfassungsmäßige Ordnung ihren Sinn und Inhalt aus der polizeilichen Generalklausel" empfängt. Hans-Ullrich Gallwas (Der Mißbrauch von Grundrechten, Diss. München 1961, 101, Anm. 3) versucht ihn mit der Behauptung zu widerlegen, daß der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ein deskriptiver Begriff sei, der Gefahren und Störungen einer rechtlichen Regelung zu führen soll. Ist das auch zuzugeben, so spricht dies nicht gegen die Argumentation von Rohde-Liebenau.

Zu ungenau ist die Formulierung, wonach die öffentliche Sicherheit und Ordnung integrierender Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sei, so Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes, 74 ff., insbesondere 79 und 81; Schnur, op. cit., 4 und Brünner, op. cit., 80 ff. Mit dieser Aussage würde die von Huber aufgezeigte Verwechslungsgefahr begünstigt.

- 1) Peters (VR, 377) schreibt, die öffentliche Ordnung ermögliche eine Anpassung des Rechtes an verschiedene Staats- und Lebensformen. Sowohl liberal-demokratische als auch totalitäre Staaten besitzen eine öffentliche Ordnung, nur mit jeweils anderem Inhalt, der sich aber nicht aus dem Begriff ergibt.
- 2) Ohne diesen ist die öffentliche Ordnung eine "notion passe-partout", du Pasquier, op. cit., FGBV, 9.
- 3) Dies gilt ebenso für die "Vorstufe" der Ordnung selbst, bei der die Inhaltsbestimmung von aufzustellenden Rangkriterien abhängt.
- 4) Es sei daran erinnert, daß nur von der Bundesrepublik Deutschland gesprochen wird. Die totalitäre öffentliche Ordnung der "Deutschen Demokratischen Republik" bleibt außer Betracht, vgl. oben Seite 1 Anm. 3.

Grundwerte des materiellen Rechtsstaats. Diese Grundwerte sind für uns insoweit bedeutsam, als der Bezug von Freiheit und Ordnung beleuchtet werden soll: Die Freiheitsrechte als Kennzeichen des materiellen Rechtsstaats sind auch dessen Grundwerte. Sonach gehört die allgemeine Geltung der Freiheitsrechte auch zum Inhalt ¹⁾ der öffentlichen Ordnung in beiden Staaten ²⁾. Der Kreis hat sich geschlossen:

Im materiellen Rechtsstaat gibt es keine Ordnung ohne Freiheit.

2. Die Grundrechte und die öffentliche Ordnung

Störer ist derjenige, der seinen Rechtskreis überschreitet. Die Grundrechte gehören zu diesem Rechtskreis. Jede Rechtsausübung findet ihre Schranke in der öffentlichen Ordnung. Diese wird jedoch inhaltlich bestimmt durch die Geltung der Grundrechte. Aus allem scheint sich ein *circulus vitiosus* ³⁾ zu ergeben, etwa in folgendem Sinne:

- 1) Zum sonstigen Inhalt vgl. Bumbacher, op. cit., 71 ff.; Drews-Wacke (op. cit., 73): "Schutz aller Normen ... deren Befolgung ... nach der herrschenden allgemeinen Auffassung zu den unerläßlichen Voraussetzungen gedeihlichen menschlichen und staatsbürgerlichen Zusammenlebens gehört", und oben Seite 183 f. Daß deren Merkmale von Wissenschaft und Praxis herausgearbeitet und präzisiert wurden (vgl. Maunz - Dürig, op. cit., Anm. VIII 9 d aa zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 81 und oben Seite 24), ist zwar richtig, hier kam es aber auf den systematischen Bezug des Begriffs der öffentlichen Ordnung zu den Freiheitsrechten an.
- 2) Hans Huber (Grundrechte, 207) führt aus, daß die öffentliche Ordnung ihrerseits wieder als beschränkt aufgefaßt werden müsse. Diese "Beschränkung" - die eine inhaltliche Bestimmung ist - liegt nach Obigem in der allgemeinen Geltung der Freiheitsrechte.
- 3) Es wird verwiesen auf die ähnlich gelagerte Problematik bei der verfassungsmäßigen Ordnung des Art. 2 Abs. 1 GG, wenn man sie mit dem BVerfG (BVerfGE 6, 32, Urteil vom 16.1.1957) "als Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind" versteht, vgl. Maunz - Dürig, op. cit., Anm. III 3 d zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 18 und Bridel (op. cit., FGBV, 109), der ausdrücklich von einem "cercle vicieux" spricht. Zum Ganzen Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967, § 12 I 10, 160 ff. Er verlangt eine restriktive Interpretation des Begriffes der verfassungsmäßigen Ordnung, a. a. O., 162 f.

Die Grundrechte werden durch die öffentliche Ordnung begrenzt, diese wiederum durch die Grundrechte; hiermit würde die Aussage leer laufen.

Dieser scheinbare *circulus vitiosus* kommt indessen nur dadurch zustande, daß Beziehungen, die auf verschiedenen Ebenen liegen - ohne Berücksichtigung der sich hieraus ergebenden Folgerungen - kurzer Hand auf eine Ebene gestellt werden. Daß bei einer solchen Betrachtung zwei verschiedene Ebenen ineinander geschoben werden, macht folgendes deutlich:

Die öffentliche Ordnung ist durch die Geltung der Grundrechte geprägt; Das im materiellen Rechtsstaat vollzogene Werturteil der öffentlichen Ordnung beruht allgemein auf der Geltung der Freiheitsrechte. Damit hat die öffentliche Ordnung generell, abstrakt einen bestimmten Inhalt. Dieser kommt darin zum Ausdruck, daß die Anforderungen, welche die staatliche Gemeinschaft stellt, von den Grundrechten ausgehen. Die Normen, "deren Befolgung zu den unerläßlichen Voraussetzungen staatsbürgerlichen Zusammenlebens gehört", sind danach so gestaltet, daß sie der Freiheit des Einzelnen den größtmöglichen Spielraum lassen. Im materiellen Rechtsstaat ist öffentliche Ordnung also eine freiheitliche öffentliche Ordnung. Generell gesehen beruht damit die öffentliche Ordnung auf der Geltung der Grundrechte ¹⁾.

Bezeichnen wir diese eben dargestellte Ebene als abstrakte, generelle ²⁾, so be-

- 1) Hierbei wird nicht übersehen, daß die Gefahr einer Ausweitung der öffentlichen Ordnung auf Kosten der Freiheit besteht, vgl. Hans Huber, Polizeigewalt, 235; Brünner, op. cit., 90 ff., und Bunbacher, op. cit., 94; "Auch wo die 'verfassungsmäßige Ordnung' eine freiheitliche ist, eröffnet die Klausel die Möglichkeit einer umfassenden und übermäßigen Freiheitsbeschränkung zur Verteidigung dieser Ordnung." Indessen spricht diese in der Praxis mögliche Gefahr nicht gegen den theoretischen Ausgangspunkt. Möglich ist es allerdings, daß Normen bestehen, die diesen Anforderungen nicht gerecht werden. Sie gehören dann nicht zur freiheitlichen öffentlichen Ordnung. Hierauf kommen wir bei den Erörterungen zum Störer zurück.
- 2) Ähnliche Gedankengänge bei Hesse, op. cit., § 9 II 3 b, 116: "Der Bedeutung der Grundrechte als subjektiver Rechte, die um ihrer Aktualität willen gewährleistet sind, korrespondiert ihre objektivrechtliche Bedeutung als Elemente der Gesamtrechtsordnung des Gemeinwesens, ... In diesem Sinne bestimmen die Grundrechte zunächst Grundinhalte dieser Ordnung, die in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und den nachfolgenden Gewährleistungen normiert werden. Wenn Art. 1 Abs. 2 GG diese Gewährleistungen als "Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft" bezeichnet, so kommt darin deren Charakter als Elemente objektiver Ordnung deutlich zum Ausdruck."

deutet die Begrenzung der Grundrechte durch die öffentliche Ordnung die konkrete, spezielle Ebene;

Wenn es im Einzelfall darum geht, ob die Ausübung eines Grundrechtes die öffentliche Ordnung verletzt, dann wird die Antwort aus dem vorgegebenen Inhalt des Begriffs der öffentlichen Ordnung entnommen und das Übereinstimmen der konkreten Grundrechtsausübung mit diesem Normenkomplex überprüft.

Die Lösung des scheinbaren Widerspruchs ist also folgende: Die inhaltliche Ausprägung der öffentlichen Ordnung durch die Grundrechte geschieht auf einer höheren und früheren Ebene, nämlich bei Schaffung und Ausgestaltung der Normen. Dabei wird das Werturteil "freiheitliche öffentliche Ordnung" gefällt. Die Begrenzung der Grundrechtsausübung durch die öffentliche Ordnung erfolgt auf einer niedrigeren und späteren Ebene des Einzelfalles, des Vollzuges.

Somit liegt in der - konkreten - Begrenzung der Grundrechtsausübung durch die öffentliche Ordnung einerseits und in der - abstrakten - Ausprägung des Inhaltes der öffentlichen Ordnung durch die Grundrechte andererseits kein *circulus vitiosus*. Wie für jede Rechtsausübung gilt für die Ausübung eines Grundrechtes damit die Schranke der öffentlichen Ordnung.

Dieses Endergebnis steht in Einklang mit der herrschenden Meinung in der Schweiz¹⁾ und in Deutschland²⁾. Auf die inhaltliche Bestimmung der freiheitlichen öffentlichen Ordnung wird im folgenden einzugehen sein.

1) Meist wird das Ergebnis als feststehend betrachtet, so bei Heinz Alex Voigt, op. cit., 93/94, Heinrich Müller, op. cit., 106 ff. und Urs Peter Frey, Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den anderen Freiheitsrechten, Diss. Zürich 1964, Winterthur 1965, 25; "Wie alle andern Freiheitsrechte ist auch die Handels- und Gewerbefreiheit bloß unter dem Vorbehalt der polizeilichen Schutzgüter, öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit und Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gewährleistet." Ebenso Liselotte Gurny, Der Begriff der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, Diss. Zürich 1959, Winterthur 1959, 47.

So auch die Rechtsprechung: BGE 60 I 108, 122, Urteil vom 23.2.1934; BGE 63 I 213, 222, Arrêt du 11. 6. 1937; "ces libertés trouvent leurs limites dans l'ordre public"; BGE 67 I 74, 76, Arrêt du 9. 5. 1941; BGE 91 I 321, 326; Extrait de l'arrêt du 14. 12. 1965; "les libertés individuelles ne peuvent être exercées que dans les limites qu'impose l'ordre public"; BGE 92 I 24, 32, Arrêt du 2. 3. 1966.

2) Hier stand zunächst im Vordergrund die Befürchtung, daß die Grundrechte bei

3. Der Mißbrauch von Grundrechten als Überschreiten des Rechtskreises

Nachdem das allgemeine Verhältnis der Grundrechte zur öffentlichen Ordnung geklärt ist, soll nunmehr das Überschreiten der Grundrechtsgrenzen dargestellt werden, das den Einzelnen zum polizeilichen Störer macht.

Für diesen speziellen Sachverhalt verwenden wir den Begriff des Mißbrauches von Grundrechten, weil der Begriff der Grenzen der Grundrechte ein weiterer ist und ganz allgemein bei jeder Grundrechtsausübung in Betracht kommt. Zur Benutzung der Ausdrücke Mißbrauch von Grundrechten für den polizeilichen Störer führen folgende Überlegungen.

Es wurde festgestellt, daß die Grundrechte für die Fälle gelten, in denen das Freiheitsinteresse vorrangig ist. Hiermit übereinstimmend kommt von Hippel einerseits von den immanenten Grenzen, andererseits vom Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG) her zu folgendem "elementaren Satz": "Jede Grundrechtsnorm gilt nur, wenn und soweit dem geschützten Frei-

Fortsetzung der Fußnote 2) von Seite 199

Anerkennung der Generalklausel als Grenze leer laufen, so durchgehend Rohde-Liebenau, op. cit. 472 ff. Der Grund hierfür dürfte in dem Mißtrauen liegen, das dem Begriff der öffentlichen Ordnung auf Grund der geschichtlichen Erfahrung entgegengebracht wurde. Da die Generalklausel nicht dem Wesen der Grundrechte widerspricht, ist es eine Frage des Vertrauens zur Exekutive, ihr den Umgang mit einer rechtsstaatlichen und freiheitlichen Generalklausel zu überlassen. "Man darf aber rechtsstaatliches Polizeirecht nicht bloß im Hinblick auf das Schockerlebnis eines ungewöhnlichen Jahrzehnts betreiben", Maunz - Dürig, Anm. VIII 9 d zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 81. Allerdings leitet die deutsche Polizeirechtswissenschaft die Geltung der polizeilichen Generalklausel aus der verfassungsmäßigen Ordnung ab, hiergegen oben Seite 195 Anm. 5 (auf Seite 196 oben). Eine Überleitung zu dem folgenden sind die Ausführungen des BGH (NJW 1954, 713, 714, Urteil vom 1. 2. 1954): "Auf diese Rechtsschranke (scil: die allgemeinen Polizeigesetze) kann sich die Polizei ohne weiteres stützen. Andernfalls bestünde auch dann, wenn durch Mißbrauch des Grundrechts der freien Meinungsäußerung im Einzelfall erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und den Bestand der demokratischen Grundordnung entstehen, vielfach keine Möglichkeit, rechtzeitig und wirksam einzugreifen."

heitsinteresse keine höherwertigen Interessen (Rechtsgüter) entgegenstehen" ¹⁾.

Ist im Einzelfalle das Freiheitsinteresse nach einer wertenden Entscheidung nicht höherwertig, dann liegt zwar der Rechtsschein einer Grundrechtsausübung vor, aber in Wirklichkeit ist dieser Rechtsschein nicht berechtigt. Von hierher führt der Weg zum Institut des Rechtsmißbrauchs, zu einem Mißbrauch der Grundrechte als subjektiver Rechte ²⁾. Ein Rechtsmißbrauch ist gegeben, wenn zwischen dem Anschein eines Rechts und dem eigentlichen Rechtsinhalt eine Inkongruenz besteht ³⁾, es liegt ein "Handeln ohne Recht" vor ⁴⁾. Da sich der Rechtsmißbrauch aus dem Umfange des Rechtes ergibt, ist er von einer gesetzlichen Schranke unabhängig; damit ist ein "Handeln ohne Recht" nicht gleichbedeutend mit rechtswidrigem Handeln ⁵⁾. Diese Feststellung ist wichtig, weil es beim Störer nicht darauf ankommt, ob er rechtswidrig handelt ⁶⁾.

Spricht die Vermutung für das Freiheitsrecht, so folgt daraus die weitere Vermutung, daß der Anschein der Berechtigung sich mit dem wirklichen Grundrechtsinhalt deckt. Diese Vermutung jedoch ist widerlegbar, und zwar dann, wenn höherwertige Interessen vorgehen, wenn also Rechtsmißbrauch vorliegt ⁷⁾.

- 1) Eike von Hippel, op. cit., 30. Mit diesem Satz löst er sowohl das Problem der immanenten Grenzen als auch dasjenige der Wesensgehalts-Garantie; insoweit muß auf seine Begründung verwiesen werden, a. a. O., 47 ff., vgl. auch Hesse, op. cit., § 10 II, 123 ff.
- 2) Ulrich Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Band 3 Düsseldorf 1951, 126 ff. (Grundfragen), 159 f. Bridel, op. cit., FGBV, 109: "... ou les excès par lesquels la liberté se disqualifie (ex.: illicéité, danger pour l'Etat, abus, etc.)."
- 3) Gallwas (op. cit., 44 ff.) betrachtet den Mißbrauch von Art. 18 GG ausgehend.
- 3) Vgl. Gallwas, op. cit., 20 m. w. Nachw.
- 4) Wolfgang Siebert, Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 72, Marburg 1934, 74: "Spricht man bei mißbräuchlicher Ausübung von einem Handeln ohne Recht, so sagt man damit, daß der Inhalt des Rechts nicht soweit gehe, eine Verwirklichung in den durch die Kriterien näher bestimmten Voraussetzungen noch zu gestatten."
- 5) Gallwas, op. cit., 22 und 117; Siebert, op. cit., 100.
- 6) Vgl. oben Seite 174 ff.
- 7) Art. 18 GG steht einem allgemeinen Mißbrauchsgedanken nicht entgegen, weil er als Waffe gegen den politischen Mißbrauch gedacht ist, somit eine Sonderregelung enthält, vgl. Scheuner, Grundfragen, 141 und 159; Gallwas, op. cit., 142 ff. und Hesse, op. cit., § 22 I, 257 f.

Jedes Grundrecht entscheidet als subjektives Recht über den Vorzug eines Interesses¹⁾. Dieses ist die "menschliche Beziehung zu Gütern und Werten, und zwar zu materiellen und ideellen Werten, und Beziehungen des einzelnen, der Gruppe oder der organisierten Gemeinschaft"²⁾. Merkmal des Rechtsmißbrauchs ist es, diesen Interessenausgleich zuungunsten eines anderen Interessenträgers zu verschieben.

Bei den Grundrechten kommen als solche Interessenträger in Betracht: ein anderer Grundrechtsträger³⁾, die Allgemeinheit und der Staat; beim polizeilichen Störer: die Allgemeinheit und der Staat.

Nach allem lassen sich beide Mißbrauchstypen für den Störer wie folgt formulieren:

Störer ist, wer sein Grundrecht mißbraucht durch Verletzung vorrangiger Interessen der Allgemeinheit oder des Staates und dabei gegen die öffentliche Ordnung verstößt.

4. Der Mißbrauch durch Verletzung vorrangiger Interessen der Allgemeinheit

Zum einen wird der soziale Rechtsstaat in Art. 20 und 28 GG betont⁴⁾. Zum an-

1) Enneccerus-Nipperdey, op. cit., 1. Halbband, § 72 II, 437.

2) Heinrich Hubmann, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 155 (n.F. 35, 1956/57), 85 ff., 95.

3) Damit ist das Problem der Drittwirkung der Grundrechte angesprochen, vgl. dazu Hans Huber, Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 74 (1955), 173 ff. (Bedeutung); Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München 1960, passim; Gallwas, op. cit., 51 ff. und Hesse, op. cit., § 11 II, 138 ff.

Diese Frage scheidet aus unserem Problemkreis aus, weil beim polizeilichen Störer der Bezug zur öffentlichen Ordnung notwendig ist. Es liegt damit nicht in jedem Mißbrauch eines Grundrechtes eine Verletzung der öffentlichen Ordnung, diese muß hinzu kommen. Berührt der Mißbrauch die öffentliche Ordnung nicht, ist er der Polizei gegenüber irrelevant. Sie darf nicht einschreiten, Schnur, op. cit., 4.

4) Zur "Sozialstaatsklausel" vgl. Maunz - Dürig, op. cit., Anm. III 3 g zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 24; Hamel, op. cit., 26 ff.; Maunz, op. cit., 60; Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat, Heft 328, Tübingen 1966, 18 ff., 26 und Hesse, op. cit., § 6 II 3, 81 ff.

deren ist die Beziehung des Einzelnen zur *societas* dadurch gekennzeichnet, daß jedes Recht eine soziale Macht einräumt ¹⁾. Beides führt dazu, daß den Rechten des Einzelnen von der Gemeinschaft, der Allgemeinheit ²⁾ Bindungen auferlegt werden. Die einseitige Betonung des Verhältnisses Individuum - Staat hatte diese Sicht versperrt ³⁾.

Soziale Lebensgestaltungen finden sich innerhalb des Staates, so daß die Interessen der Allgemeinheit nicht identisch sind mit denjenigen des Staates, wenn sie sich auch miteinander verbinden können. So entsteht ein Interessen-Dreiecks-Verhältnis Individuum - Allgemeinheit - Staat. Daß der Einzelne als Störer nur vom Staat zur Verantwortung gezogen werden kann, steht diesem Interessenverhältnis nicht entgegen.

Gibt es nun Anforderungen der Allgemeinheit, die der Einzelne auch bei seiner Grundrechtsausübung zu beachten hat, so bedeutet dies andererseits nicht, daß die Grundrechte durch eine generelle Gemeinwohlklausel relativiert werden dürften. Die Forderung, daß kein Grundrecht zu Lasten der Allgemeinheit ausgeübt werden dürfe, würde zu dem berüchtigten Satz "Gemeinnutz geht vor Eigennutz" führen. Das Ergebnis wäre ein Leerlauf der Grundrechte. Die Freiheitsvermutung führt im Gegenteil zu einer Interessenabwägung, wonach der Einzelne nur den höherrangigen Interessen der Allgemeinheit weichen muß.

Als erster vorrangiger Interessenbereich ist das Sittengesetz zu bezeichnen ⁴⁾. Dieses umfaßt alle diejenigen Normen, die sich aus der "von Herkunft und Erziehung geformten und selbständig fortgebildeten Anschauung aller verständigen,

1) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 6. Neudruck, Darmstadt 1959, 361.

2) Allgemeinheit ist nicht die Summe der Einzelnen, sondern das "aliud" der sozialen Gemeinschaft, Maunz - Dürig, op. cit., Anm. VIII 6 zu a zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 74.

3) Hans Huber, Bedeutung, 190: "Als damals (scil.: im 18. Jahrhundert) der Mensch als das schwache Wesen dem mächtigen Staat gegenüber gestellt wurde, ... da unterlief gleichzeitig eine verhängnisvolle Abstraktion; der Mensch wurde als Individuum gelöst von der Gesellschaft, in der er doch untrennbar drin steht, und herausgehoben aus den außerstaatlichen Lebensgemeinschaften, in die er gebettet ist."

4) Du Pasquier (op. cit., FGBV, 10): "Dès lors surgissent les valeurs morales. Il est entenu que le but du droit n'est pas essentiellement de faire régner la morale, mais qu'il lui appartient d'intervenir contre l'obscénité publique et les scandales."

billig und gerecht denkenden Menschen innerhalb eines Rechts- und Kulturkreises" ergeben über das, "was sich gehört" 1).

Wenn diese Anschauungen auch zeitlichen und örtlichen Veränderungen unterliegen 2), so ergibt sich doch in der jeweiligen historischen Situation ein gewisser Kernbereich. Dies gilt vor allem für Verstöße gegen das Sittengesetz in geschlechtlicher Beziehung.

Das allgemeine Kriterium der Interessenabwägung kann nur den Grundsatz liefern. Die konkrete Entscheidung läßt sich nur am Einzelfall treffen. Daher werden nunmehr die Grund-Fälle erörtert.

Im Schauspielerin-Fall ist die Filmschauspielerin dann Störer, wenn sie durch unzureichende Bekleidung grob gegen die Sittlichkeit verstößt. Damit überschreitet sie die Grenzen ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit. Im Reklame-Fall ist der Aussteller Störer, wenn er durch eine Modenschau von Niederwaren ebenfalls die Sittlichkeit grob verletzt. Die Handels- und Gewerbe-, bzw. Berufsfreiheit wird mißbraucht.

Im Plakat-Fall ist der Kinobesitzer Störer, wenn das Kinoplakat durch die Darstellung von geschlechtlichen Vorgängen grob gegen die Sittlichkeit verstößt. Der Plakatankleber ist dann Störer, wenn mit dem Plakat etwa für eine Nacktkultur-Sekte, die dieses "Prinzip" zum "Glaubenssatz" erhebt, geworben wird 3). Die Glaubensfreiheit wird mißbraucht.

Der Verstoß gegen das Sittengesetz muß eine gewisse Intensität haben, um dieses Interesse der Allgemeinheit zu einem vorrangigen zu machen.

So ist im Hausangestellten-Fall der Ehemann nicht Störer. Sein Verstoß gegen die Sittlichkeit berührt die Allgemeinheit nicht, er spielt sich "in seinen vier Wänden" ab. Der Verstoß gegen die Sittlichkeit allein begründet die Störereigenschaft nicht.

1) BGHSt. 13, 16, 18, Urteil vom 17. 3. 1959.

2) Bumbacher, op. cit., 77; vgl. oben Seite 183 Anm. 4.

3) Anders ist es jedoch bei den Anhängern der "Freikörper-Kultur". Selbst wenn diese "Kultur" von der Mehrheit der Allgemeinheit nicht gebilligt wird, liegt kein grober Verstoß gegen die Sittlichkeit vor, wenn sich das Geschehen in geschlossenen Anstalten abspielt, damit also keine Ausstrahlung auf die Öffentlichkeit gegeben ist ("Freikörperkultur-Fall"), vgl. OVG Saarlouis JZ 1961, 673, Urteil vom 14. 10. 1960.

Ein weiterer Fall macht das deutlich:

Ein Mann lebt mit einer Frau in "wilder Ehe" zusammen. Die Nachbarschaft nimmt hieran Anstoß ("Konkubinats-Fall").

Dieses Zusammenleben verstößt gegen die Sittlichkeit, da sich nach allgemeiner Anschauung das Geschlechtsleben in der Ehe zu vollziehen hat. Trotzdem sind beide nicht Störer. Das Privatleben der beiden strahlt nicht soweit in die Öffentlichkeit, daß die Polizei begründeten Anlaß hätte einzuschreiten¹⁾. Es war das Wesen des Polizeistaates, auch in das private Leben reglementierend einzugreifen.

An der Entscheidung ändert das Anstoß-Nehmen der Nachbarn nichts. Eine Vorrangigkeit der Interessen der Allgemeinheit ergibt sich nicht dadurch, daß die soziale Umgebung das Verhalten mißbilligt. Nimmt der Einzelne diese Mißbilligung in Kauf, dann muß er auch die gesellschaftlichen und sozialen Sanktionen hinnehmen, die sich daraus ergeben. Diese Folgen liegen jedoch auf einer anderen Ebene als das hoheitliche Eingreifen der Polizei. Die Allgemeinheit bedarf des Schutzes durch den Staat nicht. Sie hilft sich mit ihren gesellschaftlichen Mitteln selbst.

Dasselbe gilt für die Mißachtung von Konventionen im gesellschaftlichen Bereich. Daß das Verhalten des Einzelnen den herkömmlichen Anschauungen der Allgemeinheit nicht entspricht, läßt ihn noch nicht zum polizeilichen Störer werden²⁾. Als Beispiel hierfür mag folgender Fall dienen:

Ein Wahrsager, Kartenleger, Handlinien- und Sterndeuter betreibt ein Geschäft mit großem Zulauf. Die "vernünftigen" Menschen nehmen hieran Anstoß ("Wahrsager-Fall").

- 1) Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß Ehebruch und Konkubinat unter Strafe gestellt sind (letzteres durch § 72 des bad PolStGB, dessen Vereinbarkeit mit dem StGB und dem GG allerdings zweifelhaft ist), vgl. Bumbacher (op. cit., 78), der das Konkubinat als "Anmaßung der äußeren Form ehelicher Gemeinschaft" bezeichnet und auf das kantonale Übertretungsstrafrecht verweist. Die pauschale Formulierung der Aufgabe der Polizei "zur Verhinderung strafbarer Handlungen" bedarf der Differenzierung. Erst wenn Strafvorschriften vorrangige Interessen der Allgemeinheit schützen, ist ein Einschreiten der Polizei zulässig.
- 2) BVerwGE 7, 125, 138, Urteil vom 20. 6. 1958: "Der heutige Staat ist beherrscht von dem Grundprinzip demokratischer Rechtsstaatlichkeit, das die Handlungsfreiheit des Staatsbürgers auch dort schützt, wo ihr Gebrauch nicht den Anschauungen der Mehrheit entspricht, sofern die Minderheit diese Gemeinschaft nicht in ihrem Bestand angreift."

Der Wahrsager ist nicht Störer, und zwar selbst dann nicht, wenn sein Gewerbe in der Allgemeinheit wirklich überwiegend auf Ablehnung stößt. Es ist aber auch nicht entscheidend, daß die Mehrheit der Allgemeinheit abergläubisch ist. Mag der Grund hierfür darin liegen, daß die mangelnde Einsicht in einen zukünftigen Kausalverlauf überspielt wird mit einer Erklärung "aus dem übersinnlichen Bereich" so ist es jedoch nicht Aufgabe der Polizei, "den einzelnen vor seinem Aberglauben zu schützen oder ihn daran zu hindern, sein Geld für Dinge auszugeben, die einem vernünftigen Menschen als unsinnig erscheinen" ¹⁾.

Ein besonders gelagerter Automaten-Fall gibt Anlaß, von einer anderen Warte aus zu dem Problem der Sittlichkeit Stellung zu nehmen. Das BVerwG hatte für den Automatenverkauf von empfängnisverhütenden Mitteln die polizeiliche Generalklausel "nicht als ausreichende Grundlage eines Eingriffs der Exekutive in die Berufsausübung" angesehen ²⁾. Wenn man annimmt, daß die Sittlichkeit nicht grob verletzt ist (wovon das BVerwG ausging ³⁾), dann geht die Berufsfreiheit des Einzelnen vor. Die öffentliche Ordnung ist dann in Wahrheit nicht verletzt: Die inhaltliche Umschreibung als "freiheitliche" schließt den nichtgrobe Verstoß gegen das Sittengesetz aus.

Der zweite vorrangige Interessenbereich ist das Interesse der Allgemeinheit an ihrem Bestand. Dies rechtfertigt sich daraus, daß der Verfassungsgeber sich widersprechen würde, wenn er Grundrechte gewährleisten würde, die den Bestand der Gemeinschaft selbst beeinträchtigen würden. Solche Bestandsinteressen sind diejenigen Voraussetzungen, ohne welche die Allgemeinheit nicht fortbestehen kann.

Ein Grundrechtsmißbrauch liegt dann vor, wenn die Grundrechtsausübung zur Beseitigung dieser Voraussetzungen führt ⁵⁾. Dies ist der Fall, "wenn dadurch die für den Bestand der Gesamtheit notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden" ⁵⁾, und zwar im wörtlichen Sinne. Nur "die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut" ⁶⁾ gestattet es, die Interessenabwägung zugunsten der Allgemeinheit ausfallen zu lassen.

1) VG Hannover MDR 1953, 317, Urteil vom 15.10.1952.

2) BVerwGE 10, 164 (= NJW 1960, 1407), Urteil vom 23.2.1960, vgl. oben Seite 25 Anm. 2.

3) A. A. für denselben Fall: BGHSt. 13, 16 ff., Urteil vom 17.3.1959.

4) Vgl. BVerfG JZ 1960, 739, 740 f., Beschluß vom 8.6.1960.

5) BVerwGE 7, 125, 139, Urteil vom 20.6.1958.

6) BVerfGE 7, 377, 406, Urteil vom 11.6.1958.

Ein derartiges überragend wichtiges Gemeinschaftsgut ist der Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung, die Volksgesundheit ¹⁾.

Im Demonstranten-Fall sind die Demonstranten dann Störer, wenn sie eine Versammlung in einem verseuchten Gebiet abhalten; dasselbe gilt für eine religiöse Veranstaltung in einem solchen Gebiet. Versammlungs- und Religionsfreiheit werden mißbraucht.

Ein weiteres wichtiges Gemeinschaftsgut ist die Erhaltung des sozialen Friedens innerhalb der Gemeinschaft dann, wenn der Bestand der Allgemeinheit durch den Friedensbruch gefährdet ist, etwa im Sinne der "clear-and-present-danger"-Regel des amerikanischen Verfassungsrechts ²⁾.

Nicht immer ist die soziale Gemeinschaft im Zustande der äußeren Ruhe. Es gibt politische und wirtschaftliche Krisen, in denen die Allgemeinheit größeren Belastungen ausgesetzt ist als in Normalzeiten, ohne daß ein Fall des Notstandes oder der Staatsgefährdung vorzuliegen braucht. In diesen Situationen können sich die Interessen der Allgemeinheit an ihrem Bestand als derart vorrangig erweisen, so daß der Einzelne sein Grundrecht mißbraucht ³⁾. Ist wirklich der Bestand der sozialen

1) A. a. O., 403 ff. Du Pasquier (op. cit., FGBV, 11): "La santé et l'hygiène publiques sont des intérêts sociaux si évidents que la liberté."

2) "The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent", Karl Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1959, 489/490. Mit dieser Formel hatte der U. S. Supreme Court versucht, die ohne jeden ausdrücklichen Vorbehalt garantierten Grundrechte zu begrenzen, wobei zunächst von der Meinungsfreiheit ausgegangen wurde. Da jedoch beim Vorgehen gegen die kommunistische Partei eine mögliche, wenn auch noch so entfernte Gefahr ausreichte, wurde der Regel "ein für allemal das Lebenslicht ausgeblasen", Loewenstein, op. cit., 535 ff. und ders., Verfassungslehre, Tübingen 1959, 340.

3) Vgl. bereits John Stuart Mill, On Liberty, übersetzt von Adolf Grabowski, Zürich 1945, 187: "Im Gegenteil, sogar Meinungen verlieren ihre Privilegien, wenn die Umstände unter denen sie vorgebracht werden, derart sind, daß sie geradezu als Aufreizung zu einer Übeltat wirken." Die Verwandtschaft mit der "clear-and-present-danger"-Regel liegt auf der Hand.

Gemeinschaft auf Grund der äußeren Umstände gefährdet, dann wäre es sinnwidrig, dem Einzelnen seine Grundrechte in vollem Umfange zu sichern. Die Gemeinschaft liefe Gefahr, dadurch in eine Lage versetzt zu werden, die es ihr unmöglich macht, dann noch den Einzelnen zu schützen; denn sie selbst wird von Auflösungserscheinungen heimgesucht.

Diese Problematik macht uns der bereits entschiedene Bäcker-Fall¹⁾ deutlich. Für den Regelfall verbleibt es dabei, daß der Bäcker nicht Störer ist und von der Po. zeitlich nicht in Anspruch genommen werden darf, auch nicht bei unverhältnismäßiger Erschütterung der öffentlichen Ordnung.

Jedoch sind die Angaben im Sachverhalt ("große Hungersnot" und "hungrige Menge") Indizien dafür, daß der Bestand der Allgemeinheit gefährdet ist. Herrscht in der sozialen Gemeinschaft allgemein eine große Hungersnot, so daß die physische Existenz vieler bedroht ist, dann ist auch der Bestand der sozialen Gemeinschaft selbst in Frage gestellt. Der Hunger kennt keine sozialen Rücksichten mehr. In einem derartigen Ausnahmefall wäre es zudem sinn-, weil wirkungslos, gegen die Menge als Störerin mit Waffengewalt vorzugehen.

Bei solcher Sachlage wird der Bäcker zum Störer, wenn er seine Backwaren im Schaufenster ausstellt. Er mißbraucht sein Grundrecht der Handels- und Gewerbe-, bzw. Berufsfreiheit. Die Bestandsinteressen der Allgemeinheit sind vorrangig.

Gleichgelagerte Ausnahmesituationen lassen sich für den Demonstranten-, den Gegendemonstranten-, den Redner- und den Plakat-Fall bilden. Bei politischer Hochspannung, insbesondere wenn sich verschiedene politische Richtungen scharf bekämpfen, ist der Bestand der sozialen Gemeinschaft dann gefährdet, wenn dieser Kampf in dauernden Straßenschlachten mit deren typischen Folgen ausgetragen wird. Die Ankündigung einer Versammlung mit Kampfreden, einer Demonstration, die eine Gegendemonstration auslöst, all dies führt zur weiteren Verschärfung der spannungsgeladenen Situation. Ließe die Allgemeinheit der Entwicklung freien Lauf, dann würde sie mit Hand anlegen an die Beseitigung ihrer eigenen Fundamente.

Dann gehen die Bestandsinteressen der Allgemeinheit vor. Der Einzelne mißbraucht sein Grundrecht und wird zum Störer.

Es bleibt übrig zu betonen, daß nur diese Ausnahmesituationen die Vorrangigkeit der Interessen der Allgemeinheit begründen. Im Regelfalle der Normallage übt

1) Vgl. oben Seite 62 ff., insbesondere Seite 66 f.

der Einzelne sein Grundrecht aus und hält sich in dessen Grenzen. Daher ist er im Balkon-, Baumschulen-, Heilsarmee- und Kreuzungs-Fall nicht Störer. Die Polizei darf ihn nicht in Anspruch nehmen.

5. Der Mißbrauch durch Verletzung vorrangiger Interessen des Staates

Die strafrechtlichen Normen schützen Interessen der Rechtsgenossen, der Allgemeinheit und des Staates. Als kodifiziertes Recht des Staates sollen sie unter dem letzten Aspekt hier behandelt werden.

Einmal kann die Grundrechtsausübung nicht generell strafrechtsfrei sein; denn sonst würde der Staat von seiner Schutzverpflichtung für wesentliche Rechtsgüter entbunden. Andererseits kann die strafrechtliche Norm nicht prinzipiell vorgehen; durch "Pönalisierung aller möglichen Lebensbereiche" ¹⁾ würden die Freiheitsrechte illusorisch. Es kommt sonach wiederum auf eine Interessenabwägung an, die am Einzelfall vorgenommen werden muß. Hierbei ist festzuhalten, daß nicht jeder Verstoß gegen eine Strafnorm zugleich auch einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung enthält ²⁾.

Im Redner-Fall ist der Vortragende nicht schon dann Störer, wenn er private Personen beleidigt; anders jedoch, wenn er Vertreter des Staates verleumdet oder beleidigt. Damit mißbraucht er die Meinungsfreiheit. Im Borkumlied-Fall ist die Kapelle Störerin. Das Borkumlied enthielt einen antisemitischen Text. Die Beleidigung einer ganzen sozialen Gemeinschaft begründet die Verpflichtung des Staates, zu deren Schutz einzugreifen. Die Vorrangigkeit der Interessen dieses Teils des Staates begründet zugleich die Vorrangigkeit der staatlichen Interessen insgesamt. Die Kapelle war neben den singenden Kurgästen Störerin, sie hat die Freiheit der Kunst mißbraucht.

Im Beat- oder Jazz-Kapellen-Fall ist die Störereigenschaft dann gegeben, wenn mit einiger Sicherheit ³⁾ mit Ausschreitungen und Gewalttätigkeiten zu rechnen

1) Maunz - Dürig, op. cit., Anm. VIII 8 a bb zu Art. 2 Abs. 1 GG, RNr. 76.

2) Vgl. oben Seite 205 Anm. 1.

3) Hier ist die Grenze zur polizeilichen Gefahr als Voraussetzung des Vorgehens gegen den Störer schwer zu ziehen. Trotzdem bleibt sie Voraussetzung. Sie ist etwa dann gegeben, wenn es bereits bei der letzten derartigen Veranstaltung in derselben Stadt zu solchen Ausschreitungen gekommen ist. Nur unter besonderen Umständen rechtfertigen Vorfälle in anderen Städten die Annahme einer polizeilichen Gefahr auch für diese Stadt.

ist. In diesem Falle ist die Kapelle Störerin neben der randalierenden Menge.

Die Umzugsteilnehmer sind im Demonstranten-Fall Störer, wenn sie zu Gewalttätigkeiten aufrufen. Dieser Fall gibt Anlaß, ein weiteres Beispiel der vorrangigen Interessen des Staates aufzuzeigen:

Vor einem Regierungsgebäude läßt sich eine Menge - ohne den Verkehr zu stören - zu einem Sitzstreik nieder, um gegen die Regierung und deren Politik zu demonstrieren ("Sitzstreik-Fall").

Der damit angeschnittene Bereich der möglichen Vorrangigkeit staatlicher Interessen betrifft das Bestandsinteresse des Staates. Die Verfassung als Grundordnung des Staates bezweckt auch die Organisation des staatlichen Lebens, damit die Bildung staatlicher Organe zur Gestaltung des Lebens im Staate. Daraus ergeben sich das Interesse an der Erhaltung der funktionsfähigen Existenz der verfassungsmäßigen Staatsorgane und dasjenige an der unbeeinträchtigten Willensbildung dieser Organe nach den Regeln der Verfassung ¹⁾.

Stünde es im Belieben des Grundrechtsträgers, sich über diese Interessen hinweg zu setzen, dann könnte er die Funktion der Staatsgewalten blockieren. Die Schaffung von Staatsorganen einerseits und das Zulassen einer Durchbrechung dieser Organisation andererseits wäre ein Widerspruch in sich. Denn das von der Verfassung aufgerichtete Wertsystem könnte so wieder aus den Angeln gehoben werden. Die Folge wäre ein "Selbstmord auf legalem Wege" ²⁾.

Eine Kollision der Interessen des Einzelnen mit diesen Fundamentalinteressen des Staates muß auf Kosten der Freiheit des Einzelnen gelöst werden. Ein Verstoß gegen diese vorrangigen Interessen ist Grundrechtsmißbrauch. Für die Demokratien

1) Gallwas, op. cit., 105.

2) In Deutschland hat dieser Gesichtspunkt bei Schaffung des Grundgesetzes im Vordergrund gestanden und hat die Fassung des Art. 18 GG beeinflusst, vgl. Maunz, StR, 109 ff. und Hesse, op. cit., § 20, 250 ff. In der Schweiz wird das Verhältnis der drei Grundfreiheiten erörtert: persönliche (liberale) Freiheit, politische (demokratische) Freiheit und föderalistische Freiheit, vgl. Kägi, Freiheit, FGBV, 54 ff. und eingehend Karl Spühler, Die Schranken der politischen Rechte nach der Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss. Zürich 1961, Winterthur 1962, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neue Folge, Heft 228, 157 ff.

in beiden Ländern bedeutet dies den Schutz der demokratischen Fundamente des Staates¹⁾.

Das Grundgesetz hat durch Art. 79 Abs. 3 expressis verbis diese Strukturprinzipien unter absoluten Schutz gestellt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist hieran gebunden. Dieser Geltungsrang hat zur Folge, daß die demokratische Technik begrenzt wird, "um zu verhindern, daß sich jene Technik nach dem Prinzip *l'art pour l'art* auslebt"¹⁾.

In der Schweiz wird diese Problematik herausgearbeitet unter dem Gesichtspunkt der Grenzen der Verfassungsrevision als "Schranken der politischen Rechte auf Grund des Sinn- und Wertgehaltes der Verfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft"³⁾. Spühler kommt zu dem Ergebnis: "Die oberste Stufe innerhalb der Verfassung wird durch den Grundgehalt der liberalen und der föderalistischen Freiheit gebildet. Als inhaltlich wichtigste Normen stellen die grundlegenden rechtlichen Ausflüsse dieser beiden Prinzipien kraft der die materielle Rangordnung begleitenden Hierarchie der Dauer absolute, selbstwertige Schranken der politischen Rechte nach oben dar. Materiell eine Stufe tiefer steht die demokratische Freiheit ..." ⁴⁾. Damit wird wieder klar, daß die Vorrangigkeit der staatlichen Interessen eindeutig zu Tage liegen muß, um die Freiheitsvermutung für den Einzelnen zu widerlegen.

1) Ulrich Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, 313 ff. (Verfassungsschutz), 318; Dieser Schutz "widerspricht der rechtlichen Struktur einer demokratischen Verfassung nicht, denn die Demokratie kann sich nicht in relativistischer Weise beliebige politische Inhalte zu eigen machen, sondern ruht auf festen Anschauungen und Werten."

2) Hermann Jahrreiss, Zur deutschen Verfassungsproblematik seit 1945, in: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, 71 ff., 87.

3) Spühler, op. cit., 143 ff.

4) Spühler, op. cit., 282. Von diesem Ausgangspunkt zieht er die Folgerung, daß die staatliche Existenz "keine selbstwertige Schranke bildet, sondern ihrer besonderen Qualität nur im konkreten Fall dank ihrer engen Beziehungen zum Grundwert der Würde und Freiheit der menschlichen Person teilhaftig wird." Es gehe nicht "um die Perpetuierung der Existenz 'an sich', sondern nur um die Unbeseitbarkeit einer sinnvollen, den Grundwert der Würde und Freiheit der menschlichen Person dauernd erfüllenden Eidgenossenschaft", a. a. O., 279.

Im obigen Sitzstreik-Fall wird gegen die Regierung und deren Politik demonstriert. Damit wird versucht, Einfluß zu nehmen auf die politische Willensbildung im Staate. Durch diese legitime Ausprägung staatsbürgerlicher Betätigung wird der Bestand des Staates nicht berührt ¹⁾. Die Teilnehmer sind nicht Störer ²⁾.

Der Plakat-Fall, der vom Verwaltungsgericht Basel ³⁾ entschieden wurde - "Atomkrieg nein" - führt zu demselben Ergebnis: Der Versuch, die politische Willensbildung zu beeinflussen, ist legitim; und zwar auch dann, wenn die Mehrheit der Allgemeinheit anderer Ansicht sein sollte. Das Wesen der Demokratie besteht auch in der Chance der Minderheit, zur Mehrheit zu werden. Diese Gelegenheit hat sie nur, wenn sie ihre Meinung äußern kann und in der Lage ist, für sie zu werben ⁴⁾.

Der Demonstranten-Fall bekommt eine neue Variante durch die jüngsten Vorkommnisse in Deutschland um die neugegründete "Nationaldemokratische Partei Deutschlands" ("NPD-Fall"). Da die Gefahr radikaler Parteien allgemein besteht, soll zu diesem konkreten Fall Stellung genommen werden. Die politischen Parteien "wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit" (Art. 21 Abs. 1 GG). Solange eine politische Partei nicht verboten ist, hat sie die Berechtigung zu dieser Mitwirkung durch Versammlungen und Plakate u. s. w.

- 1) Dies trifft noch mehr zu in einem Falle, in dem gegen die Politik einer ausländischen Regierung - wie in jüngerer Zeit etwa gegen die Vietnampolitik der amerikanischen Regierung - demonstriert wurde. Weder die "Freundschaft zu Amerika" (Deutschland) noch die Neutralität (Schweiz) sind Bestandsinteressen, die durch die Demonstration berührt würden.
- 2) Klar und eindeutig hierzu BGE 12, 93, 109, Urteil vom 20.2.1886: "Die verfassungsmäßige Gewährleistung muß auch dann und gerade dann ihre Wirksamkeit äußern, wenn es sich um Vereine oder Versammlungen handelt, welche dem Publikum in seiner Majorität oder der Regierungsgewalt nicht sympathisch sind; gerade in solchen Fällen hat sich die verfassungsmäßige Garantie des individuellen Rechtes des Bürgers praktisch zu bewähren." Der Sperrdruck steht bereits im Original des Bundesgerichts-Entscheides.
- 3) Urteil des Verwaltungsgerichts Basel vom 4.4.1955, BJM 1955, 208, vgl. oben Seite 121.
- 4) Auf ähnlicher Ebene liegt der "Ostermarsch-Fall": Atomwaffengegner marschieren zu Ostern von verschiedenen Richtungen zu einem zentralen Punkt, um dort eine Kundgebung abzuhalten; hierfür wird mit Plakaten geworben. Politisch brisant ist der Fall wegen der Gefahr kommunistischer Unterwanderung: Einerseits muß die Gefahr wirklich bestehen, andererseits ist es riskant, den "Feinden der Demokratie" die Gelegenheit zu ihrer Abschaffung zu geben, vgl. zu demselben Dilemma in den USA oben Seite 207 Anm. 2.

Der polizeirechtliche Ausgangspunkt ist somit klar: Eine politische Partei ist nicht Störerin. Die politische Seite des NPD-Falles liegt jedoch darin, daß sie als radikale Rechtspartei in die Nähe einer Nachfolgerschaft der NSDAP rückt. Es stehen sich gegenüber einerseits die "Identifizierung" mit jener ¹⁾ und andererseits die demokratischen Spielregeln ²⁾. In Normalzeiten muß die Entscheidung solange zugunsten der Freiheit des Einzelnen (und von Gruppen in Form von Parteien) ausfallen, als nicht der Bestand des Staates gefährdet wird ³⁾.

Damit kommen wir zum Ausnahmefall der Bestandsgefährdung des Staates. Eine solche kommt insbesondere in politischen Krisenzeiten in Betracht.

Die Entscheide des Bundesgerichts der dreißiger Jahre im Kämpfer- und National-Front-Fall ⁴⁾ erscheinen jetzt in anderem Licht. Unabhängig von der Frage, ob eine Situation vorlag, die unter den polizeilichen Notstand zu subsumieren ist ⁵⁾, muß man die Störereigenschaft dann bejahen, wenn revolutionsähnliche Zustände herrschen. Dann nämlich steht der Bestand des Staates selbst auf dem Spiel. Wenn in solchen Krisenzeiten Demonstrationen mit Gegendemonstrationen abwechseln und die Spannung damit potenzieren, dann übt weder die eine noch die andere ihre Versammlungsfreiheit aus, vielmehr wird sie von beiden mißbraucht.

Das Interesse der Funktionsfähigkeit der staatlichen Organe und an deren verfassungsgerechten Willensbildung geht in dieser Lage dem Freiheitsinteresse des Einzelnen vor. Der Einzelne mißbraucht sein Grundrecht und wird zum Störer.

Nicht notwendig ist ein Angriff auf den Bestand des Staates in seiner Gesamtheit; es kann auch ein räumlich beschränkter Angriff genügen. Das beweisen zwei neuere Entscheide des Bundesgerichts, denen folgender Fall zugrunde lag:

-
- 1) Was zu der Frage des Verbots der Partei als Nachfolgeorganisation führt.
 - 2) Hierbei sind allerdings die Schockwirkung von 1933 und deren Folgen zu berücksichtigen: Auch damals glaubte man, daß sich der Nationalsozialismus "totlaufen" werde. Daher wird der NPD heute zu einer Wirksamkeit in der Öffentlichkeit verholfen, die höher ist als ihre "reale Macht".
 - 3) Eine solche Gefährdung ist bei der NPD - noch - nicht anzunehmen, sie ist - noch - nicht Störerin.
 - 4) Zu deren Würdigung vgl. oben Seite 59 ff. und 63 ff.
 - 5) Dazu oben Seite 60. Auch der Staatsnotstand bleibt hier außer Betracht. Beide Gesichtspunkte werden in der Regel daneben Platz greifen. Für die systematische Feststellung der Störereigenschaft brauchen sie nicht herangezogen zu werden.

Ein räumlich abgegrenzter Teil der Gesamtbevölkerung widersetzt sich der Staatsführung durch Separationsbestrebungen ("Separatisten-Fall").

Das Bundesgericht hat zu Recht die Mitglieder der Jura-Vereinigung ("les partisans du Rassemblement jurassien") und die Teilnehmer von Gegendemonstrationen als Störer behandelt ¹⁾.

1) BGE 91 I 321, 329, Arrêt du 14. 12. 1965: "Celles du Rassemblement jurassien et de ses adversaires étaient en réalité des contre-manifestations, et toutes deux mettaient en danger l'ordre public." Ebenso BGE 92 I 24, 34 Arrêt du 2. 3. 1966.

§ 19 DIE SONSTIGEN RECHTE DES EINZELNEN

Zur weiteren inhaltlichen Bestimmung des Rechtskreises des Einzelnen sind zwei Rechte geeignet, die in engem Zusammenhang mit der Handels- und Gewerbe- bzw. Berufsfreiheit sowie dem Eigentumsrecht stehen: Der Gemeingebrauch und das öffentlichrechtliche Nachbarrecht. Beide sollen der näheren Ausgestaltung des Rechtskreises des Einzelnen dienen.

I. DER GEMEINGEBRAUCH

1. Der Umfang des Gemeingebrauchs

Die Sachen im Gemeingebrauch stehen der Benutzung durch die Allgemeinheit und den Einzelnen zur Verfügung. Gemeingebrauch ist "die jedermann kraft öffentlichen Rechts gewährte Möglichkeit, eine öffentliche Sache ohne besondere Zulassung gemäß ihrer hoheitlichen Zweckbestimmung (Widmung) und in der üblichen Weise ... zu benutzen" ¹⁾. War auch in Deutschland die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs umstritten ²⁾, so hat sich heute die Auffassung durchgesetzt, daß es sich um ein subjektiv-öffentliches Recht handelt ³⁾. Unabhängig hiervon wird heute das Problem erörtert, ob sich das Institut des Gemeingebrauchs

- 1) Hans Julius Wolff, VR I, § 58 I a, 307; ähnlich BGE 75 I 9, 14, Auszug aus dem Urteil vom 24. 2. 1949: "Der Gemeingebrauch besteht in der einer besonderen Erlaubnis nicht bedürftigen Benutzung der Sache." Vgl. auch Ruck, VR I, 140.
- 2) Näher zu dem Problem: Theodor Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, eine Studie zur Methodik und Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts, München, Berlin und Leipzig 1933 (Hauptprobleme), passim, insbesondere 285 ff.; Scheuner, Der Gemeingebrauch an Straßen, ZAKDR 4 (1937), 484 ff. (Gemeingebrauch); Ernst Rudolf Huber, Zur Problematik des Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen, DÖV 1955, 129 ff.; Hans Julius Wolff, VR I, § 58 I b, 308; Forsthoff, VR I, § 19, 3., 362 und Klaus Fobbe, Gemeingebrauch und Kraftverkehr, zum Verkehrsproblem der Städte, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1965, 5 ff.
- 3) Schnur, op. cit., 5; Forsthoff, VR I, § 19, 3., 362/363; OVG Koblenz VerwRSpr. 8, 94, Beschluß vom 18. 1. 1955; VGH Bremen DÖV 1958, 379, Urteil vom 17. 9. 1957; OVG München DVBl. 1961, 890, Urteil vom 18. 1. 1961 und OVG Münster DÖV 1962, 906, Urteil vom 11. 7. 1962.

selbst in einem Wandel befindet ¹⁾. In der Schweiz ist es umstritten, ob der Gemeingebrauch ein subjektiv-öffentliches Recht ist.

Um die Frage entscheiden zu können, wenden wir uns zunächst dem Anlieger bzw. Anstößer und dessen "gesteigertem Gemeingebrauch" oder "Anliegergemeingebrauch" zu; denn bei ihm ist die Situation ähnlich wie beim schlichten Gemeingebrauch.

Die Rechtsnatur des Anliegergemeingebrauchs als subjektiv-öffentliches Recht ist in Deutschland unbestritten ²⁾. In der Schweiz wird zunächst zum Ausdruck gebracht, daß der Anstößer keinen Anspruch hat auf Gestattung von gesteigertem Gemeingebrauch ³⁾. Jedoch hat bereits Imboden darauf hingewiesen, es könne

-
- 1) Auf diese Ansicht von Werner Weber (Die öffentliche Sache, VVDStL, Heft 21, Berlin 1964, 176/177) kann hier nur hingewiesen werden: "Wichtig ist, ... daß der Gemeingebrauch an Straßen und auch an schiffbaren Gewässern in deutlicher Umbildung zur Anstaltsbenutzung hin begriffen ist. Denn der Gemeingebrauch ist eine archaische Form der Benutzung öffentlicher Sachen, die nicht viel mehr als die reine Existenz der Sache, die bloße Benutzung ihrer Körperlichkeit und bescheidene Regelungen zur Aufrechterhaltung der Gemeinverträglichkeit der Benutzung voraussetzt und verträgt. Diese schlichte Einfachheit der Gemeingebrauchsbedingungen ist zunehmend im Schwinden, und deshalb lösen sich die Konturen des Instituts im ganzen auf." Vgl. Fobbe, op. cit., 117 ff., 120, der zu folgendem Ergebnis kommt: "Aus alledem ergibt sich ... die Unzulässigkeit der Ersetzung des Gemeingebrauchs an allen Straßen durch eine zulassungspflichtige Anstaltsbenutzung." Für Bundesautobahnen hat er keine verfassungsrechtlichen Bedenken, sie in zulassungspflichtige Anstalten zu überführen, ob sie sich aber "für eine anstaltliche Nutzungsform praktisch eignen, ist eine andere Frage", a. a. O., 122 Anm. 288.
 - 2) Hans Julius Wolff, VR I, § 58 II b, 311; OVG Münster VerwRspr. 15, 68, Urteil vom 6. 6. 1962 und die auf Seite 215 in Anm. 2 Genannten. Die über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung ist entweder "Gebrauchserlaubnis", die nicht in die Substanz der Sache eingreift, oder "Nutzungsverleihung", die mit einem Eingriff in die Substanz verbunden ist, vgl. Hans Julius Wolff, VR I, § 59, 312 ff. und Ruck, VR I, 148 ff., der hierfür zwischen "Bewilligung" und "Konzession" unterscheidet.
 - 3) Imboden, VerwRspr., 283 zu Nr. 78; ebenso Ruck (VR I, 149) für den Fall der Gebrauchserlaubnis: "Es besteht kein subjektives Recht auf die Bewilligung" und das Bundesgericht: "Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Anstößer ... kein besseres Recht auf Benützung einer im Gemein-

nicht aufrecht erhalten werden, daß der Anstößer entschädigungslos jede Veränderung dulden müsse¹⁾. Das Bundesgericht zieht einen weiteren Gesichtspunkt heran: "Die Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch bedeutet, daß der in Frage stehenden Tätigkeit von Staats wegen nichts entgegensteht. Ihre Erteilung hängt freilich nicht vom Gutfinden der Behörde ab; die Bewilligung darf nur verweigert werden, wenn dies durch allgemeine staatliche Interessen gerechtfertigt ist, d. h. aus Erwägungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit usw." 2). Auffallend ist die Ähnlichkeit mit der deutschen Argumentation zum Fall der Gebrauchserlaubnis: Sie darf nicht versagt werden, wenn kein öffentliches Interesse entgegensteht³⁾.

Kehren wir zum schlichten Gemeingebrauch zurück, dann ergibt sich - zusätzlich zur Argumentation beim Anliegergemeingebrauch - folgendes: Einerseits sieht Ruck im Gemeingebrauch "eines der wichtigsten Beispiele bloßer Reflexrechte" 4), andererseits betont das Obergericht des Kantons Aargau, das subjektiv-öffentliche Recht auf Nutzung einer Sache im Gemeingebrauch könne nur gegen eine Entschädigung aufgehoben werden⁵⁾. Ruck kommt jedoch zu demselben Ergebnis, indem er ausführt: "In solchen Fällen (scil.: in denen der Gemeingebrauch aufgehoben oder geändert wird) kann die Billigkeit für eine Entschädigung sprechen, und sie ist auch in manchen Gesetzen zuerkannt" 6).

Zu dieser Lösung kommt man mit dem Obergericht des Kantons Aargau am klarsten, wenn man ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gemeingebrauch und Anliegergemeingebrauch bejaht:

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 216

gebrauch stehenden Straße als jeder andere Volksgenosse", BGE 91 I 405, 408, Auszug aus dem Urteil vom 24.11.1965.

- 1) Imboden, VerwRspr., 279/280 zu Nr. 77; im gleichen Sinne Ruck (VR I, 150 Anm. 200): "Immerhin kann sich auch hier ausnahmsweise das Problem der öffentlichrechtlichen Entschädigung stellen."
- 2) BGE 77 I 279, 287, Auszug aus dem Urteil vom 19.12.1951.
- 3) Forsthoff, VR I, § 19, 3., 368 und Drews - Wacke, op. cit., 311/312.
- 4) Ruck, VR I, 147; ebenso BGE 79 I 199, 205, Urteil vom 6.5.1953: "... wie denn überhaupt kein subjektives Recht auf Zulassung zum Gemeingebrauch besteht."
- 5) Obergericht des Kantons Aargau AGVE 1953, 120, aus dem Urteil vom 17.10.1952.
- 6) Ruck, VR I, 148.

Zum ersten ist die Tatsache, daß auch die schweizerischen Autoren im Einzelfalle eine Entschädigung zugestehen wollen, ein Indiz dafür, daß es sich um eine Rechtsposition handelt, deren Beeinträchtigung oder Beseitigung entschädigt werden muß. Denn entschädigt, d. h. durch Geldwert kompensiert werden kann nur der Verlust einer Stellung, die vorher einen berechenbaren Wert hatte; sonst gäbe es für eine Schätzung der Entschädigungshöhe keinen Maßstab. Billigkeitsgesichtspunkte allein können einen solchen nicht liefern.

Zum zweiten: Wenn die Behörde verpflichtet ist, Gebrauchserlaubnis bzw. Bewilligung zu erteilen, falls keine öffentlichen Interessen entgegenstehen, dann muß mit dieser Pflicht im materiellen Rechtsstaat ein Anspruch des Bürgers korrespondieren, und zwar auf die positive Entscheidung der Behörde, also ein Recht auf die Bewilligung ¹⁾.

Zum dritten hat jeder Einzelne das allgemeine Recht auf Teilhabe an den Staatsleistungen ²⁾. Dies ergibt sich daraus, daß die Leistungstätigkeit des Staates dem Einzelnen zugutezukommen hat; denn gerade zu seiner Bedürfnisbefriedigung wird sie erbracht. Das gilt in besonderem Maße für die Bereitstellung der öffentlichen Sachen, auf deren Benutzung der Einzelne angewiesen ist. Bei gegenteiliger Entscheidung wäre der Einzelne überdies dem Monopol des Staates ausgeliefert.

Der Gemeingebrauch stellt sich sonach dar als "spezielle Konkretisierung" ³⁾ dieses allgemeinen Rechts auf Teilnahme an den Leistungen des Staates, als subjektiv-öffentliches Recht.

Da der Gemeingebrauch "jedermann" - insbesondere den Anliegern - gestattet ist, kann eine Benutzung durch den Einzelnen nur insoweit zugelassen werden, als sie vereinbar ist mit derselben Benutzung durch andere. Hierfür wird der Ausdruck

1) Klaus Stern, Die öffentliche Sache, VVDStL, Heft 21, Berlin 1964, 221; "Sie (scil.: die Erlaubnis) wandelt sich ... zur öffentlichrechtlichen Unbedenklichkeitserklärung, d. h.: Gewährung unter rechtlich gebundenem Erlaubnisvorbehalt. Folge dieser Umstrukturierung ist der Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Sondernutzung, sofern keine gesetzlichen Hinderungsgründe bestehen."

Vgl. zu dem ähnlich liegenden Fall des Anspruches auf polizeiliches Einschreiten oben Seite 26 Anm. 1 und die dort angeführte Rechtsprechung.

2) Stern, op. cit., 219, vgl. auch Hesse, op. cit., § 1 II, 6 ff.

3) Stern, op. cit., 219.

"Gemeinverträglichkeit" ¹⁾ verwendet. Die Benutzung durch andere darf weder dauernd beeinträchtigt noch ausgeschlossen werden. Dazu kommt, daß Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs nach der Art der öffentlichen Sache, nach deren Zweck und nach Ort und Zeit verschieden sein können. "Gemeinüblichkeit" hat sich für diesen Sachverhalt eingebürgert. Die Beantwortung der Frage, ob Gemeingebrauch vorliegt, richtet sich also nach den Umständen im Einzelfall ²⁾.

Hält sich nun der Einzelne innerhalb der Grenzen des Gemeingebrauchs, dann macht er lediglich von einem ihm zustehenden Recht Gebrauch. Damit bewegt er sich also innerhalb seines Rechtskreises. Er kann nicht Störer sein, und die Polizei darf ihn nicht in Anspruch nehmen.

2. Die Grenzen des Gemeingebrauchs

Die Feststellung, daß sich der Inhalt des Gemeingebrauchs nach den konkreten Umständen richtet, steht im Einklang mit derselben Forderung für den Störer-Begriff ³⁾. Dies heißt jedoch nicht, daß die Grenzen des Gemeingebrauchs unbestimmt wären.

Die erste Grenze ist die öffentliche Ordnung. Gemeingebrauch kann sich nur in deren Rahmen bewegen ⁴⁾. Als weitere Schranke des Gemeingebrauchs hat etwa

1) BVerwGE 4, 342 (= NJW 1957, 962), Urteil vom 14. 3. 1957.

2) Ruck, VR I, 146: "Er wechselt nicht nur je nach Beschaffenheit und Zweckbestimmung der einzelnen Sachen, sondern er kann auch für die gleichartigen Sachen örtlich und zeitlich verschieden sein." Das LG Hannover (BB 1961, 915, Urteil vom 24. 1. 1961) führt als Merkmale an: Die Verkehrsanschauung, den Stand des Verkehrs, die Entwicklung der Verkehrsmittel und das Verkehrsbedürfnis.

3) Vgl. oben Seite 150.

4) So schon klar das Reichsgericht im Urteil vom 16. 5. 1931, RGZ 132, 398, 401; Scheuner (Gemeingebrauch, 487) vertritt ohne Begründung die Gegenmeinung, vgl. Schnur, op. cit., 5 Anm. 44 und oben Seite 197 ff.

Der Regierungsrat des Kantons St. Gallen führt in seinem Entscheid vom 17. 10. 1962 (GVP 1962, 182, 183) aus, "daß der Gemeingebrauch aus polizeilichen Gründen, zum Schutze der öffentlichen Ordnung, Ruhe, Sicherheit, Sittlichkeit und Gesundheit beschränkt werden" dürfe. Diese Formulierung ist mißverständlich. Denn der Gemeingebrauch findet an der öffentlichen Ordnung seine Grenze; er wird nicht beschränkt, weil er soweit nicht reicht. Hierauf kam es dem Regierungsrat indessen nicht entscheidend an, denn er-

das Reichsgericht "die allgemeine und regelmäßige Gestaltung des Verkehrs" bezeichnet ¹⁾. Hier ist nun der Ort, an dem die oben ²⁾ abgelehnten Begriffe des "Normalmaßes" und des "Üblichen" aufgegriffen werden können. Jetzt ist hierfür nämlich der Rahmen abgesteckt, der diese zunächst unbestimmten Ausdrücke aufnehmen und zu bestimmten machen kann. Das "Normalmaß", das "Übliche" richtet sich nun nach der am Ort und zu der Zeit regelmäßigen Art des Verkehrs. Beispielsweise ist der Umfang des Gemeingebrauchs in einer ruhigen Kurortstraße geringer als bei einer Durchgangsstraße, die für den Fernverkehr bestimmt ist.

Die nähere Konkretisierung ergibt sich bei der Behandlung der Grundfälle.

3. Die Entscheidung der Grundfälle

Gehen wir vom Tankstellen-Fall aus: Der Gebrauch der Straße durch Zu- und Abfahrt war schon früher üblich ³⁾ und ist es unter den heutigen Bedürfnissen des Verkehrs erst recht ⁴⁾. Im Normalfalle ist damit der Betrieb einer Tankstelle Anliegergemeingebrauch. Der Tankstelleninhaber hält sich in dessen Grenzen, er ist daher nicht Störer. Im Einzelfalle ⁵⁾ jedoch kann der Betrieb einer Tankstelle das

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 219

heftig war die Tatsache, daß die Wasserskischule eine "über den Rahmen des Gemeingebrauchs hinausgehende Störung der öffentlichen Ruhe" enthielt. Diese Auffassung steht im Einklang mit der im Text vertretenen. Vgl. die ähnliche Formulierung im Entscheid des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 14. 4. 1951, AGVE 1952, 344.

- 1) RGZ 123, 181, 186, Urteil vom 16. 2. 1929.
- 2) Seite 156.
- 3) RGZ 123, 181, 187, Urteil vom 16. 2. 1929; PrOVGE 106, 61, Urteil vom 6. 2. 1941.
- 4) Der erheblich gestiegene Straßenverkehr ändert hieran nichts, vgl. OVG Lüneburg DVBl. 1959, 475 (= OVG 14, 396), Urteil vom 27. 11. 1958 und das Zitat oben Seite 195. Für den Umfang des Straßenverkehrs ist nicht der Einzelne verantwortlich, vielmehr trägt für das Fassungsvermögen der Straße die Verantwortung der Wegebaupflichtige, d. h. der Träger der Straßenbaulast, PrOVGE 105, 265, Urteil vom 23. 5. 1940 und PrOVGE 106, 37, Urteil vom 6. 2. 1941 sowie § 3 des deutschen Bundesfernstraßengesetzes i. d. F. vom 6. 8. 1961; vgl. zum Ganzen Fobbe, op. cit., 26.
- 5) Der Regierungsrat des Kantons Aargau (AGVE 1956, 242, aus einem Entscheid vom 17. 8. 1956) ist offenbar der Meinung, daß eine Ausfahrt von einer Tankstelle in jedem Falle "eine Beanspruchung in mehr als normalem Maße" be-

übliche Maß der Benutzung der Straße übersteigen. Schnur ¹⁾ bringt als Beispiel hierfür den Tankstellenbau in einer Kurve. Weiterhin ist etwa das Errichten einer Tankstelle an einer gefährlichen und viel befahrenen Kreuzung zu nennen.

Wird in einem derartigen Einzelfalle "die bestimmungsgemäße Benützung einer dem öffentlichen Gebrauch gewidmeten Straße" ²⁾ überschritten, dann geht der Einzelne über seinen Rechtskreis hinaus und ist Störer, wenn eine Störung oder Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliegt ³⁾.

Der Reklame-Fall ist nach denselben Grundsätzen zu entscheiden. Das Ausstellen von Waren gehört ebenso zum Anliegergemeingebrauch wie das Aufstellen von Fahrradständern und Cafestühlen auf dem Trottoir ⁴⁾. Dazu kommt, daß das legitime Reklamebedürfnis des Einzelnen von seiner Gewerbefreiheit gedeckt ist ⁵⁾. Grenzen sind wiederum die öffentliche Ordnung und die Gemeinüblichkeit und -verträglichkeit.

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 220

inhaltet. Eine Begründung hierfür gibt er nicht. Nach Obigem kann diese Ansicht nur für den Einzelfall gelten, was sorgfältiger Beurteilung bedarf. Weiterhin zu dem Problem Tankstelle und Gemeingebrauch: BG ZBl. 58 (1957), 21, Urteil vom 4. 7. 1956; BG ZBl. 62 (1961), 377 (= AGVE 1961, 281), Urteil vom 17. 5. 1961; BGE 87 I 349, Auszug aus dem Urteil vom 29. 6. 1961; BG ZBl. 63 (1962), 220, Urteil vom 28. 2. 1962; außerdem: Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1956, 244, aus einem Entscheid vom 13. 4. 1956 (hier wird besonders auf die Grenze der öffentlichen Ordnung, insbesondere die Gefährdung der Verkehrssicherheit, hingewiesen) und AGVE 1957, 254, aus einem Entscheid vom 12. 4. 1957.

- 1) Schnur, op. cit., 6.
- 2) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1957, 247, aus einem Schreiben der Baudirektion vom 5. 10. 1956.
- 3) Nötig erscheint hier der Hinweis, daß selbst bei Vorliegen der Störer-Eigenschaft der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt. Die Verweigerung der Errichtung (vgl. Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1956, 244, aus einem Entscheid vom 13. 4. 1956) ist das äußerste Mittel. Vorher ist z. B. zu prüfen, ob nicht die Störung oder Gefahr eventuell schon durch ein Verbot für Linksabbiegen im Gegenverkehr beseitigt werden kann; vgl. Schnur, op. cit., 6 Anm. 50.
- 4) OVG Lüneburg DVBl. 1963, 223, Urteil vom 4. 12. 1962.
- 5) So schon das Kammergericht Berlin in seiner Entscheidung vom 7. 10. 1924, JW 1924, 1785 und Lassar, JW 1930, 1450.

Im Einzelfalle können beide dazu führen, daß eine bestimmte Reklame über den Gemeingebrauch hinausgeht. Hält z. B. ein Verkäufer von Fernsehgeräten jeden Nachmittag und Abend in einer engen und sehr belebten Geschäftsstraße im Stadtzentrum mit schmalen Trottoir einen Fernsehapparat in Betrieb, dann ist diese Reklame vom Gemeingebrauch auf Grund der tatsächlichen Umstände nicht mehr gedeckt. Der Aussteller ist Störer. Da die Vermutung aber für das Gegenteil spricht, müssen die Gegebenheiten genau und sorgfältig untersucht werden, die es dann rechtfertigen, gegen den Aussteller vorzugehen¹⁾. Überschritten ist der Gemeingebrauch in dem oben²⁾ erwähnten Beispiel des Projizierens eines Reklamefilms auf eine Hauswand. Eine derartige Reklame hält sich nicht im Rahmen des Üblichen.

Im Kiosk-Fall ist ebenfalls davon auszugehen, daß der Betrieb eines Kiosks sich in der Regel in den Schranken des Gemeingebrauchs bewegt. Nur besondere tatsächliche Verhältnisse rechtfertigen die Entscheidung, daß der Gemeingebrauch überschritten ist. Die obigen Beispiele im Tankstellen-Fall gelten auch hier³⁾.

Zum Schluß soll noch der Automaten-Fall behandelt werden. Das Anbringen eines Warenautomaten wird regelmäßig durch den Gemeingebrauch gedeckt⁴⁾. Umstände, die im Einzelfalle eine gegenteilige Entscheidung rechtfertigen, sind etwa

- 1) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu prüfen, ob eine Entfernung der Reklame notwendig ist, oder ob es z. B. genügt, daß der Aussteller das Fernsehgerät im hinteren Teil einer in das Haus hineinreichenden Schaufensterflucht aufstellt.
- 2) Vgl. oben Seiten 125 und 129 Anm. 2.
- 3) Es genügt daher nicht die Möglichkeit, daß sich andere verkehrswidrig verhalten. Für deren Verhalten ist der Einzelne nicht verantwortlich. Das Bundesgericht (BGE 90 I 1, 7, Urteil vom 19. 2. 1964) hebt zusätzlich richtig auf den starken Verkehr an der Kreuzung ab. Dieser konkrete Umstand rechtfertigt den Entscheid. Der Kioskbesitzer überschreitet den Gemeingebrauch und ist Störer.

Die allgemeine Berufung auf Erfahrungstatsachen, wonach Verkehrsstauungen durch Passanten zu "untragbaren" Verhältnissen führen, ist nicht ausreichend, vgl. Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1947, 272, Entscheid vom 7. 10. 1946.

- 4) Die deutsche Praxis geht zum Teil weiter und subsumiert den Automaten-Fall unter die Gebrauchserlaubnis, so VGH Mannheim DVBl. 1964, 450, Urteil vom 9. 1. 1964. Dies kann jedoch auf sich beruhen. Denn der Unterschied besteht nur darin, daß dann eine Polizeierlaubnis erforderlich ist. Diese darf aber nicht versagt werden, wenn kein öffentliches Interesse entgegensteht, vgl. dazu oben Seite 216 Anm. 2, 217 Anm. 3, 218 Anm. 1.

besonders ungünstige Verkehrsverhältnisse an "neuralgischen Punkten im Straßennetz" ¹⁾, nicht aber schon die "Auffälligkeit" ²⁾ eines Automaten, denn sie hält sich im Rahmen des Gemeingebrauchs ³⁾. Nicht ausreichend ist wie im Kiosk-Fall die Möglichkeit, daß andere sich verkehrswidrig verhalten ⁴⁾.

4. Die Neigung der Praxis

Nachdem obige Grundfälle entschieden sind, ist festzustellen, daß die Praxis dazu neigt, den "Hintermann" ⁵⁾ als Störer in Anspruch zu nehmen. Das ist verständlich, weil ein Vorgehen gegen diesen meist einfacher und wirksamer ist; es wird gleichsam das Übel mit der Wurzel ausgerottet. Trotzdem aber muß vor dieser Tendenz gewarnt werden, denn sie geht auf Kosten der Rechte des Einzelnen. Nur in den Ausnahmefällen, in denen der Einzelne den Gemeingebrauch überschreitet, darf gegen ihn vorgegangen werden. Zuzugeben ist, daß damit an den einzelnen Polizeibeamten erhöhte Anforderungen gestellt werden; denn

-
- 1) Entscheid des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 28.3.1958, AGVE 1958, 210, 211. Die weiterhin geltend gemachte "Störung der Nachtruhe" dürfte nur unter ganz besonderen Umständen ausreichen. Denn es ist fraglich, ob es sich auf Grund der durch den Betrieb entwickelten Phonzahlen nicht lediglich um Belästigungen handelt, die noch keine Störung der öffentlichen Ordnung sind. Zu streng daher der Entscheid des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 21.12.1962, AGVE 1963, 273; richtig der Entscheid des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom 5.3.1962, GVP 1962, 168 und der Bescheid des Justizdepartements des Kantons St. Gallen vom 27.1.1959, GVP 1959, 148.
 - 2) So der Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1955, 252, 253, aus einem Entscheid vom 26.8.1955.
 - 3) Es liegt - ebenso wie im Reklame-Fall - im Wesen der Werbung, daß sie auffallen muß, um auf den möglichen Käufer wirken zu können. Ein solches "Auffallen" liegt damit im Rahmen des Üblichen.
 - 4) Das Bundesgericht (BGE 87 I 112, 114 (= AGVE 1961, 276), Auszug aus dem Urteil vom 24.5.1961) verwendet dieses Argument zur Begründung dafür, daß der Automaten-einrichter die ihm gezogenen Schranken überschreite. Selbst wenn man den Gemeingebrauch zur Begründung heranzieht, erscheint dessen Überschreiten umso zweifelhafter, als es sich lediglich um eine Straßeneinmündung gehandelt hat. Besondere tatsächliche Umstände sind in dem Entscheid nicht genannt, da sie nach der Sicht des Bundesgerichts nicht erheblich waren.
 - 5) Den Reklame-Aussteller statt der Passanten, den Tankstellen- oder Kiosk-Inhaber bzw. Automaten-Einrichter statt der Autofahrer.

er muß erstens die konkreten Umstände genau untersuchen und muß zweitens hierauf sein Urteil über die Reichweite des Gemeingebruchs aufbauen. Dieses Verlangen steht jedoch im Einklang mit dem materiellen Rechtsstaat ¹⁾ und ist daher angemessen.

II. DAS ÖFFENTLICHRECHTLICHE NACHBARRECHT

1. Der Umfang des Eigentumsrechts

Ausgangspunkt ist die Sozialpflichtigkeit des Eigentums ²⁾. Diese erlaubt es dem Eigentümer zwar, mit seinem Eigentum "nach Belieben zu verfahren", aber das notwendige Korrelat liegt in der Gemeinschaftsbezogenheit. Beim Grundeigentum führt das Eingebettetsein in die Umgebung mit den daraus sich ergebenden nachbarlichen Beziehungen einerseits zu einer gewissen Duldungspflicht unwesentlicher Immissionen, andererseits zu einem Schutz vor übermäßigen Immissionen.

Das deutsche Recht hat diesen Immissionsschutz vorwiegend privatrechtlich ausgestaltet ³⁾. Die Vorschriften des öffentlichen Baurechts werden gesondert betrachtet ⁴⁾. Die Folge hiervon ist eine grundsätzlich getrennte Anwendung beider, obwohl auch das öffentliche Baurecht Schutzbestimmungen zugunsten der Nachbarn enthalten kann ⁵⁾.

1) Vgl. oben Seite 196/197.

2) Vgl. oben Seite 177 ff.

3) Vgl. §§ 906 ff. BGB und Palandt, op. cit., Anm. 1 zu § 906 BGB sowie das bad-württ Gesetz über das Nachbarrecht vom 14. 12. 1959 (GBl. S. 171), in dem die privatrechtlichen Verhältnisse wie Grenzabstände geregelt werden. Zum geringen zivilrechtlichen Schutz des Nachbarn vgl. Gerhard Kemnade, Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, Diss. Göttingen 1965, 2 ff.

4) Meisner - Stern - Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin, 4. Aufl. Berlin 1964, § 45, 3., 810: "Das Verhältnis zwischen öffentlichem Baurecht und privatem Nachbarrecht ist nun vorwiegend dadurch gekennzeichnet, daß im Falle der Planung und Durchführung von Bauvorhaben beide trotz ihrer häufig engen Verflechtung miteinander und Bezogenheit aufeinander als scheinbar unabhängig voneinander bestehend behandelt werden und zur gesonderten Anwendung kommen."

5) Vgl. dazu ausführlich Kemnade, op. cit., 36 ff.

Das schweizerische Recht dagegen ist flexibler. Die Vorschriften über den Immissionsschutz haben einen doppelten Charakter: Dienen sie ausschließlich der Wahrung privater Interessen, dann haben sie privatrechtlichen Charakter; wahren sie allgemeine und öffentliche Interessen, dann haben sie polizeilichen Charakter ¹⁾. Neben den privatrechtlichen Immissionsschutz - geregelt in den Art. 679, 684 und 928 ZGB - tritt der öffentlichrechtliche Immissionsschutz ²⁾.

Wir richten unser Augenmerk nunmehr auf die Frage der Rechtfertigung des öffentlichrechtlichen Immissionsschutzes und auf das Problem der Trennung vom privatrechtlichen.

Der privatrechtliche Immissionsschutz betrifft die Beziehungen zwischen dem Eigentümer und seinen einzelnen Nachbarn. Es zeigt sich jedoch, daß diese privatrechtlichen Beziehungen dann nicht ausreichen, wenn der Eigentümer der Gemeinschaft gegenüber tritt, etwa mit der Planung eines Bauvorhabens. Für diesen Fall taucht z. B. die Frage der Legitimation des Nachbarn zum Vorgehen gegen ein solches

1) Imboden, VerwRspr., 25/26, zu Nr. 4.

2) Das Bundesgericht hat zunächst festgestellt, daß der Schutz des Nachbarn vor übermäßigen Einwirkungen zum Gegenstand einer öffentlichrechtlichen Beschränkung des Eigentums gemacht werden kann, BGE 53 I 399, 401, Urteil vom 29.12.1927; ebenso in einem Schweinemästerei-Fall, BGE 87 I 362, 363, Auszug aus dem Urteil vom 17. 5. 1961; "Der Beschwerdeführer bestreitet mit Recht nicht mehr, daß die Abwehr der in Art. 684 ZGB untersagten übermäßigen Immissionen nicht nur eine Sache des Privatrechts (Art. 679, 928 ZGB), sondern grundsätzlich auch eine solche des öffentlichen Rechts ist."

Neuerdings unterscheidet das Bundesgericht zwischen Bauvorschriften mit öffentlichrechtlichem, privatrechtlichem oder gemischtem Charakter, BGE 90 I 206, 208, Auszug aus dem Urteil vom 14.10.1964. Nunmehr im Urteil vom 26. 5. 1965, BGE 91 I 409, 415; "Eine erste Gruppe (scil.: von Bauvorschriften) bezweckt den Schutz bestimmter Rechtsgenossen und gehört dem Privatrecht an; eine zweite Gruppe dient dem Schutz der Allgemeinheit und ist öffentlichrechtlicher Natur; eine dritte Gruppe von Bauvorschriften aber ordnet nachbarliche Beziehungen auf dem Boden der Gegenseitigkeit, und zwar nicht nur im Interesse der Öffentlichkeit, sondern auch (oder sogar vorwiegend) in demjenigen einzelner Rechtsgenossen, der Nachbarn im engeren oder weiteren Sinne." Zu den sich hieraus ergebenden Konsequenzen vgl. unten Seite 226 Anm. 2.

Bauvorhaben auf. Dies gilt sowohl für das deutsche ¹⁾ als auch für das schweizerische Recht ²⁾. Dasselbe Problem stellt sich im österreichischen Recht ³⁾. Das

- 1) Die Neigung geht zu einer Bejahung dieser Legitimation, vgl. noch ablehnend; BVerwG NJW 1954, 1214, Beschluß vom 25.2.1954, bejahend; OVG Berlin JR 1956, 74, Urteil vom 20.5.1955; württ-bad VGH VerwRspr. 8, 603, Urteil vom 21.7.1955; OVG Münster VerwRspr. 13, 76, Urteil vom 26.1.1960; OVG Lüneburg DVBl. 1962, 418, Urteil vom 22.3.1962. BVerwG MDR 1966, 174, Urteil vom 5.10.1965; OVG Lüneburg DVBl. 1966, 275, Beschluß vom 25.11.1965.

Kemnade (op. cit., 76) kommt von der allgemeinen Formulierung: "Soweit die Polizei Gefahren abwehrt, die einer oder mehreren Einzelpersonen drohen, handelt sie auch in deren Individualinteresse" zu der Feststellung: "Soweit eine baupolizeiliche Vorschrift Gefahren abwehren soll, durch die Einzelpersonen bedroht sind, ist sie auch im Individualinteresse dieser Einzelperson erlassen worden" (a. a. O., 77) mit der Folge eines subjektiv-öffentlichen Rechtes für diese Einzelperson, a. a. O., 78 ff.

Wir können diese Frage auf sich beruhen lassen, weil sie einmal zum Anspruch auf polizeiliches Einschreiten führt (vgl. oben Seite 26 Anm. 1 und 218 Anm. 1), zum anderen, weil hiermit die Situation von der entgegengesetzten Seite aus beleuchtet wird; Uns geht es um die Störer-Eigenschaft des Eigentümers, nicht um die daraus eventuell resultierenden Rechte des Nachbarn.

- 2) Die Praxis ist zurückhaltend, vgl. Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1954, 314, aus einem Entscheid vom 9.4.1954; Regierungsrat des Kantons St. Gallen GVP 1961, 161, Vernehmlassung vom 29.8.1961 und Verwaltungsgericht Zürich BZR 61 (1962), 287, Entscheid vom 24.11.1961.

Jetzt hat das Bundesgericht - unter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung - dem Nachbarn dann eine Legitimation zuerkannt, wenn Bauvorschriften "neben dem Gemeininteresse auch den besonderen Bedürfnissen der Nachbarn zu dienen bestimmt sind", BGE 91 I 409, 416, Urteil vom 26.5.1965. Die Begründung führt aus, daß die primär im öffentlichen Interesse erlassenen Bauvorschriften "mindestens indirekt aber auch den Schutz der Nachbarn bezwecken" (a. a. O., 417), die ihren Zweck in sich selber tragen und kein Reflex der ersten sind, sondern zu einer "Sphäre rechtlich geschützter Interessen" führen, a. a. O., 418; vgl. Imboden, VerwRspr., 383, zu Nr. 106.

- 3) Friedrich Krzizek (Das öffentliche Nachbarrecht, Wien 1959, § 2, 12) will allerdings das öffentliche Nachbarrecht vom privatrechtlichen danach trennen, ob es vor den Verwaltungsbehörden oder vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist. Diese Unterscheidung hilft jedoch nicht weiter,

Kennzeichen dieser Situation ist der Einbruch des öffentlichen Interesses.

Dasselbe läßt sich am öffentlichrechtlichen Immissionsschutz aufzeigen. Es genügte in früheren Jahrhunderten, den Immissionsschutz allein auf privatrechtlicher Basis zu regeln ¹⁾. Im 19. Jahrhundert stellte es sich heraus, daß dieser Schutz der Nachbarn nicht mehr ausreichte gegenüber den sich immer weiter ausbreitenden Fabrikanlagen. Den Beweis dafür lieferte die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals, das aus dem Nachbarschutz den Begriff der "Polizeipflicht" überhaupt entwickelt hat und damit das Eindringen des öffentlichen Interesses in den Immissionsschutz dokumentierte ²⁾.

Diese Beweggründe gelten umsomehr für das 20. Jahrhundert. Aufgabe der Polizei ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung. Daraus ergibt sich das öffentliche Interesse an der Vermeidung von Lärm, Luftverunreinigungen u. s. w. ³⁾. Kantonale Bestimmungen über den Immissionsschutz dienen also der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, sie sind damit polizeilicher Natur ⁴⁾. Bei diesen öffentlichrechtlichen Immissionsschutzbestimmungen handelt es sich um Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse; letzteres liegt in der Notwendigkeit des Schutzes vor übermäßigen Immissionen ⁵⁾.

Im Ergebnis schützt also die Polizei die ungestörte Ausübung des Privateigentums des Nachbarn. Folgendes Bedenken ist damit aber noch auszuräumen: Handelt die Polizei noch zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, wenn sie einen einzigen betroffenen Nachbarn schützt? ⁶⁾.

Fortsetzung der Fußnote 3) von Seite 226

denn die Frage, vor wem das Recht geltend zu machen ist, hängt von dessen Rechtsnatur ab, nicht umgekehrt. Richtig kennzeichnet Krzizek (op. cit., 180) die Situation, wenn er schreibt: "Für die sich daraus ergebenden Eigentumsbeschränkungen ist charakteristisch, daß sie sowohl dem öffentlichen Interesse als auch dem Interesse der Nachbarschaft dienen." Damit kommt Krzizek den deutschen und schweizerischen Ansichten nahe.

- 1) Zum pr ALR vgl. Kemnade, op. cit., 5 ff.
- 2) Vgl. die historische Untersuchung von Stechow's (op. cit., 79 ff.), der diesen Sachverhalt eingehend an Hand der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals (op. cit., 86 ff.) würdigt.
- 3) BGE 91 I 409, 417, Urteil vom 26. 5. 1965.
- 4) BGE 87 I 362, 364, Auszug aus dem Urteil vom 17. 5. 1961.
- 5) Imboden, VerwRspr., 294, zu Nr. 81.
- 6) Vgl. etwa BGE 53 I 399, 401, Urteil vom 29. 12. 1927: "Diese (scil.: Baupolizeibehörden) handeln dabei als Vertreter allgemeiner öffentlicher Interessen, dies auch da, wo nur einzelne oder ein einziger Nachbar in Frage kommen."

Die Fragestellung ist berechtigt, weil sich das Vorgehen der Polizei hier zugunsten des Eigentums des Nachbarn auswirkt. Zum Schutz bloßer Privatinteressen ist die Polizei jedoch nicht berufen.

Die Lösung ergibt sich daraus, daß "zum Bestand der öffentlichen Ordnung aber auch die Rechte gehören, die dem Einzelnen als Glied der Gemeinschaft im gesellschaftlichen Zusammenleben gewährleistet sind" ¹⁾. Damit ist primärer Gegenstand des Schutzes durch die Polizei die öffentliche Ordnung. Der sich hieraus ergebende Schutz des Privateigentums ist ein mittelbarer ²⁾ und steht damit dem Tätigwerden der Polizei im öffentlichen Interesse nicht entgegen.

Ist der öffentlichrechtliche Immissionsschutz gerechtfertigt, stellt sich die Frage der Abgrenzung vom privatrechtlichen. Zunächst ist der Erlass der Vorschriften durch die Kantone ein Indiz dafür, daß es sich um öffentlichrechtlichen Immissionsschutz handelt, denn für den privatrechtlichen ist der Bund zuständig ³⁾.

Der sachliche Unterschied zum privatrechtlichen Immissionsschutz besteht darin, daß die Öffentlichkeit insoweit berührt ist, als eine Gefahr oder Störung für die öffentliche Ruhe und Ordnung in Frage steht. Die Polizei handelt, um sie aufrechtzuerhalten; dieser wesentliche und primäre Zweck kennzeichnet den öffentlichrechtlichen Immissionsschutz. Auch wenn letztlich nur ein Nachbar betroffen ist, wird die Polizei nicht um seinetwillen als Einzelperson tätig, sie ist auch hierbei "Vertreter allgemeiner öffentlicher Interessen" ⁴⁾. Der Nachbar ist Repräsentant der Allgemeinheit, geschützt wird die "Nachbarschaft" ⁵⁾ als deren Teil.

- 1) BGE 87 I 362, 364, Auszug aus dem Urteil vom 17. 5. 1961, zustimmend zitiert bei Imboden, VerwRspr., 83, zu Nr. 24.
- 2) Zu den eventuellen Folgen hinsichtlich der Legitimation des Nachbarn vgl. oben Seite 226 Anm. 2.
- 3) Dies gilt für die Schweiz, vgl. BGE 90 I 206, 208 ff., Auszug aus dem Urteil vom 14. 10. 1964, wo die Ansicht, daß kantonale privatrechtliche Bestimmungen des Nachbarrechts unzulässig sind, als "nicht willkürlich" bezeichnet wird; ebenso - positiv formuliert - BGE 91 I 409, 417, Urteil vom 26. 5. 1965. Das müßte auf Grund der Gesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes auch für Deutschland gelten. Jedoch basieren die privatrechtlichen landesrechtlichen Vorschriften über das Nachbarrecht (vgl. z.B. oben Seite 224 Anm. 3) auf Art. 124 EGBGB, der weiterhin gilt. Im Ergebnis ist also die Frage, wer Gesetzgeber der Bestimmung ist, für Deutschland kein Kriterium.
- 4) BGE 53 I 399, 401, Urteil vom 29. 12. 1927.
- 5) Der Ausdruck findet sich bei Krzizek, op. cit., § 10 IV, 98 und a. a. O., 180, vgl. oben Seite 226 Anm. 3.

Sonach erfüllen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Immissionsschutz verschiedene Aufgaben und sind voneinander zu trennen ¹⁾. Hinsichtlich der sonstigen Voraussetzungen gelten "für beide ähnliche materielle Grundsätze" ²⁾. Das zusätzliche Erfordernis des öffentlichrechtlichen Immissionsschutzes ist "die Beeinträchtigung des öffentlichen Wohles" ³⁾.

2. Die Polizeiwidrigkeit von Immissionen

Die Grenzen des Eigentumsrechts und der Gewerbefreiheit in bezug auf die Zulässigkeit von Immissionen hängen von den Gegebenheiten des Einzelfalles ab. Auch hier kann nun auf das "Normalmaß" und das "Übliche" zurückgegriffen werden. Die notwendige Konkretisierung ergibt sich aus dem Rahmen des Immissionsschutzes ⁴⁾. Der Einzelne überschreitet seinen Rechtskreis dann, wenn er mit seinen Immissionen das tragbare Maß übersteigt. Was noch tragbar ist und damit der Nachbarschaft noch zugemutet werden kann, hängt davon ab, ob es sich um dauernde Immissionen handelt, in welcher Wohngegend der Betrieb liegt, zu welchen Tageszeiten die Immissionen auftreten, und letztlich: welche Phonzahlen der Lärm erreicht ⁵⁾.

- 1) Verwaltungsgericht Zürich BZR 61 (1962), 287, Entscheid vom 24. 11. 1961 und Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1951, 257, aus einem Entscheid vom 8. 9. 1950.
- 2) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1952, 345, 346, aus einem Entscheid vom 15. 7. 1952; Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Übermaßes. Ebenso spricht Rudolf (Polizei gegen Hoheitsträger, Tübingen 1965) davon, daß "mutatis mutandis" die zivilrechtlichen Bestimmungen über den Immissionschutz verwendet werden könnten, a. a. O., 29.
- 3) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1952, 345, 346, aus einem Entscheid vom 15. 7. 1952 und AGVE 1953, 278, aus einem Entscheid vom 31. 7. 1953.
- 4) Vgl. zu derselben Frage oben beim Gemeindegebrauch Seite 220.
- 5) Karl Oftinger (Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, ZBJV 100 (1964), 101 ff., 112) schreibt: "Erzeugung übermäßigen Lärms ist meist Mißbrauch der Freiheit." Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Lärmbekämpfung in der Schweiz, Bericht der Eidgenössischen Expertenkommission an den Bundesrat, 1963: Hierin findet sich auf Seite 63 eine Tabelle über Grenzwerte in dB (Phon) für die verschiedenen Arten der Wohnzonen; vgl. Art. 8 Abs. 4 und Art. 9 des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken (Fabrikgesetz) vom 18. 6. 1914 (Bereinigte Sammlung Bd. 8. Seite 3 ff.) und den neuen Art. 6 Abs. 1 des noch nicht in Kraft getretenen Bundes-

3. Die Entscheidung der Grundfälle

Im Schweinemästerei-Fall hängt die Entscheidung der Zumutbarkeit der Gerüche, der Fliegen- und Rattenplage von der Umgebung ab. Was in einem Dorf durchaus zumutbar sein kann, ist in einem städtischen Wohngebiet bereits übermäßig¹⁾. Dies gilt auch dann, wenn sich das Gebiet im Laufe der Zeit erst zu einem solchen entwickelt hat. Da allein maßgebend die tatsächlichen Verhältnisse sind, kann sich der Betriebsinhaber nicht auf seine zeitliche Priorität berufen²⁾. Das Überschreiten des Rechtskreises ist also im vorliegenden Falle wesentlich abhängig vom Siedlungscharakter der Umgebung³⁾.

Der Gasföhren-Fall läßt sich nach folgenden Kriterien entscheiden: Die Zumutbarkeit des Lärms ist erstens bedingt von seiner Intensität (Phonzahl), zweitens von seiner zeitlichen Dauer in die Nacht und drittens von der Art der Wohngegend. In einem Vergnügungsviertel sind die Anforderungen nicht so streng⁴⁾ wie in einer reinen Wohnsiedlung eines Kurortes. Sind im Einzelfalle die Immissionen unzumut-

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 229

gesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. 3. 1964 (BBl. 1964 I, 556 ff.) und Peter Haffter, Das Lärmproblem in der Praxis der Gerichts- und Verwaltungsbehörden, Diss. Zürich 1957, passim und die oben Seite 169 Anm. 1 angegebene Literatur.

Für Deutschland: Hans Wiethaup, Die Lärmbekämpfung in der Bundesrepublik Deutschland, Köln - Berlin - München - Bonn 1961 passim. § 3 des bad-württ. Gesetzes zum Schutz vor Luftverunreinigungen, Gerauschen und Erschütterungen - Immissionsschutzgesetz - vom 4. 2. 1964 (GBl. S. 55).

- 1) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1952, 345, aus einem Entscheid vom 15. 7. 1952.
- 2) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1958, 212, aus einem Entscheid vom 2. 11. 1957 und AGVE 1962, 311, 312, aus einem Entscheid vom 1. 12. 1961; richtig, aber ohne Begründung: OVG Münster OVG 11, 250 (= DVBl. 1957, 867), Beschluß vom 16. 10. 1956, vgl. oben Seite 133 und dortige Anm. 3 und Schnur, op. cit., 7; Die Ortsüblichkeit ist nicht statisch aufzufassen.
- 3) Weitere derartige Fälle: BGE 87 I 362, Auszug aus dem Urteil vom 17. 5. 1961 und Verwaltungsgericht Basel-Landschaft BJM 1961, 170, Urteil vom 23. 11. 1960.
- 4) Vgl. hierzu OVG Münster JZ 1961, 758, Urteil vom 22. 3. 1961.

bar ¹⁾, dann überschreitet der Gastwirt seinen Rechtskreis, und er ist Störer. Auch dann gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Sind Schutzmaßnahmen zugunsten der Nachbarschaft ausreichend (z.B. Schließen der Fenster ab 22 Uhr, Verkürzung der Polizeistunde ²⁾), dann darf die Gaststätte nicht geschlossen werden ³⁾.

Auch bei den sonstigen Immissions-Fällen hängt die Störer-Eigenschaft des Eigentümers oder Gewerbetreibenden ab von der übermäßigen Beeinträchtigung der Nachbarn, die an den konkreten Umständen zu messen ist ⁴⁾. Dabei genügt der allgemeine Hinweis der "Eigentumsüberschreitung" ⁵⁾, solange nicht, als die

- 1) Verneint beispielsweise vom Regierungsrat des Kantons St. Gallen GVP 1962, 171, 173, Entscheid vom 4. 4. 1962: "nicht unzumutbarer Lärm"; insbesondere weist der Regierungsrat richtig darauf hin, daß der Gastwirt für den Motorenlärm der Gäste auf der Straße nicht verantwortlich ist, vgl. oben Seite 220 Anm. 4 und Seite 222 Anm. 3.
Dasselbe gilt für den sonstigen Lärm von Gästen auf der Straße im vom OVG Koblenz (AS Rh-Pf 5, 22, Beschluß vom 22. 2. 1956) entschiedenen Gaststätten-Fall. Ist jedoch der Lärm, der aus der Gaststätte dringt, unzumutbar, dann ist der Gastwirt Störer. Dabei spielt es keine Rolle, ob an dem Lärm farbige Soldaten beteiligt sind oder nicht, vgl. oben Seite 110 Anm. 2 und Seite 140 Anm. 6.
- 2) Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten: Gerhard Pflüger, Die Polizeistunde in Baden-Württemberg, Stuttgart 1961, passim und zu der Frage des Rechtsanspruches des Nachbarn auf polizeiliches Einschreiten - sie wurde meist im Gaststätten-Fall behandelt - oben Seite 26 Anm. 1.
- 3) Einen interessanten Fall der Mischung zwischen Gaststätten-Fall und Anliegergemeingebrauch enthält das Urteil des OVG Hamburg vom 15. 11. 1963, DVBl. 1964, 490: Der Anliegergemeingebrauch ist überschritten bei der "Werbung" durch Portiers von Vergnügungslokalen in einiger Entfernung vom Lokaleingang.
- 4) Auf Grund der Umstände verneint: Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1955, 257, aus einem Entscheid ohne Datum; Verwaltungsgericht Basel BJM 1959, 27, 28, Urteil vom 5. 12. 1958 und BJM 1963, 76, 81, Urteil vom 4. 7. 1962;
dagegen bejaht: Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1958, 214, aus einem Entscheid vom 15. 3. 1958 und AGVE 1959, 239, 240, aus einem Entscheid vom 11. 9. 1959 sowie BGE 87 I 87, 89, Arrêt du 26. 4. 1961, vgl. oben Seite 169 Anm. 1.
- 5) Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1951, 257, aus einem Entscheid vom 8. 9. 1950 und AGVE 1958, 214, aus einem Entscheid vom 15. 3. 1958.

Darlegung dieser Umstände unterbleibt ¹⁾).

III. ERGEBNIS

Gemeingebrauch als subjektiv-öffentliches Recht und öffentlichrechtlicher Immissionsschutz als Beschränkung des Eigentums wurden in den Störerbegriff einbezogen. Damit konnten die entsprechenden Grundfälle sachgerechten Lösungen zugeführt werden. Die Einordnung beider in den Rechtskreis des Einzelnen ist sonach das zweite Hauptergebnis der Untersuchung.

Dies vor allem deshalb, weil sowohl die deutsche als auch die schweizerische Praxis zwar Gemeingebrauch und Immissionsschutz als Kriterien für die Entscheidungen benutzen, beide aber ohne Bezug zum Störer-Begriff ²⁾. Erst dieser Zusammenhang gibt die notwendige Bestimmtheit und Klarheit des "Normalmaßes" ³⁾ für den Störer-Begriff und den Rechtskreis.

Sämtliche Grundfälle wurden mit den bisher betrachteten Rechten des Einzelnen gelöst. Das heißt nicht, daß diese allein in Betracht kommen. Vielmehr kommen auch andere Rechte in Frage, bei deren Überschreitung der Einzelne bei Vorliegen einer Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung Störer ist ⁴⁾.

- 1) Gut daher; Regierungsrat des Kantons Aargau AGVE 1955, 255, 256, aus einem Entscheid vom 7. 10. 1954, vgl. oben Seite 169.
- 2) Bezeichnend ist der umgekehrte Fall des Tankstellen-Urteils des OVG Lüneburg (OVGE 14, 396 (- DVBl. 1959, 475), Urteil vom 27. 11. 1958), in dem zwar vom Störer die Rede ist, nicht aber vom Gemeingebrauch, vgl. oben Seite 155 und Schnur, op. cit., 6.
- 3) Für sich allein ist das Merkmal zu unbestimmt; daher wurde oben Seite 43 Anm. 5 und Seite 157 Anm. 1 dessen ausschließliche Verwendung abgelehnt. Außerdem kommt die Störer-Verantwortlichkeit gerade erst beim Überschreiten dieses Normalmaßes zum Zuge.
- 4) Auch Privatrechte sind hiervon nicht ausgenommen, denn auch sie gelten nur im Rahmen der öffentlichen Ordnung. Es geht daher zu weit, wenn man formuliert, daß die Ausübung eines privaten Rechtes der Störer-Eigenschaft nicht entgegen stehe (so PrOVG RuPrVB1. 50 (1929). 650, Entscheidung vom 21. 3. 1929, vgl. oben Seite 172 Anm. 1 und Seite 170 Anm. 5). Dies gilt nur dann, wenn der Einzelne sein Recht überschreitet. Dessen Grenzen ergeben sich aus den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen, vgl. näher zu dem Problem der Beziehungen zum Privatrecht Schnur, op. cit., 4, Leisner, op. cit., passim und Gygi, op. cit., passim.

Das Ergebnis ist sonach folgendes:

Störer ist derjenige, der die Grenzen des Gemeingebrauchs, des Eigentums - in bezug auf den öffentlichrechtlichen Immissionsschutz - oder eines sonstigen ihm zustehenden Rechtes überschreitet und hiermit gegen die öffentliche Ordnung verstößt.

I. DIE NOTWENDIGKEIT DER KONKRETISIERUNG

Es hat sich herausgestellt, daß für den Störer-Begriff von den Umständen des Einzelfalles ausgegangen werden muß und daß die Grenzen der Rechte des Einzelnen ebenfalls je nach Lage des Falles und nach dem in Frage kommenden Recht bestimmt werden müssen. Daher kann es nicht wunder nehmen, wenn es im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich war, für jeden einzelnen Fall die Grenzen der Rechte festzulegen. Nachdem aber die Voraussetzungen und deren Einarbeitung in den Störer-Begriff geklärt sind, ist mit hinreichender Sicherheit die Entscheidung im Einzelfalle gegeben. Die Offenheit für die jeweilige konkrete Situation ist bei der komplexen Gestaltung des Lebens eher als Vorteil zu werten. Es ist nicht Aufgabe der Theorie, jeden möglichen und denkbaren Fall im voraus umfassend zu lösen. Sie muß sich damit begnügen, die Entscheidungskriterien zu geben. Will man hierfür den Ausdruck "Unbestimmtheit" verwenden, dann muß man sich darüber klar sein, daß eine solche - zumindest im geisteswissenschaftlichen Bereich - unvermeidlich ist.

II. DER VERHALTENSSTÖRER UND DAS "VERURSACHEN"

Eingegangen werden muß noch darauf, daß der Verhaltensstörer nach deutschem und schweizerischem Recht die Störung oder Gefahr verursacht haben muß. Nach Ablehnung der speziellen Kausalitätstheorien im zweiten Teil kann unter diesem "Verursachen" nur verstanden werden, daß das Setzen einer *conditio sine qua non* erforderlich ist. Die Ablehnung der Bedingungstheorie allein steht dem nicht entgegen. Da jede juristische Betrachtung von ihr ausgehen muß, ist sie zugrunde zu legen. Über sie hinaus sind wir zum "Überschreiten des Rechtskreises" gelangt, der die Uferlosigkeit der Bedingungstheorie in den Schranken hält, welche das Polizeirecht verlangt ¹⁾.

Für das schweizerische Recht ergibt sich eine weitere Folgerung. Die speziellen Verursachungstheorien sind für den Störer-Begriff unnötig. Da nun die Adäquanztheorie bei der Bestimmung der polizeilichen Gefahr anzuwenden ist ²⁾, kann

- 1) Um den Anschein zu vermeiden, beim Verhaltensstörer käme es auf eine der vielen Kausalitätstheorien an, wird in der Schlußdefinition unter IV. das insoweit selbstverständliche "Verursachen" nicht verwendet.
- 2) Hierzu oben Seite 144 ff.

als Nebenergebnis festgestellt werden, daß sie im gesamten schweizerischen Recht gilt. Der angesprochene Vereinheitlichungserfolg ¹⁾ ist also für das schweizerische Recht - unabhängig vom Störer-Begriff - eingetreten.

III. DAS SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM STÖRER-BEGRIFF UND DER ÖFFENTLICHEN ORDNUNG

Bei den entwickelten Störer-Definitionen wurde festgestellt, daß einerseits Grenze für jede Rechtsausübung die öffentliche Ordnung ist und daß andererseits das Überschreiten des Rechtskreises den Einzelnen nur dann zum Störer macht, wenn die öffentliche Ordnung verletzt ist. Dies scheint ein Widerspruch zu sein ²⁾. Indessen ist dieses Verhältnis nur Ausdruck für den immanenten Zusammenhang zwischen den Rechten des Einzelnen und den Anforderungen, welche die staatliche Gemeinschaft stellt. Beides sind nur zwei Seiten ein und desselben Verhältnisses. Die Betrachtung vom Einzelnen her auf der einen Seite und von der Gesamtheit her auf der anderen Seite führt zu dieser "doppelten" Bedingtheit. Diese enthält keinen Widerspruch, sondern zeigt das Spannungsverhältnis zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft: Einerseits kann die Ausübung eines Rechtes nie so weit gehen, daß hierdurch die öffentliche Ordnung gestört wird, andererseits macht das Überschreiten eines Rechtes den Einzelnen erst dann zum Störer, wenn die öffentliche Ordnung dadurch gestört wird.

IV. SCHLUSSDEFINITIONEN

Verhaltensstörer ist derjenige, der durch sein Verhalten ein ihm zustehendes Recht überschreitet und hiermit gegen die öffentliche Ordnung verstößt.

Zustandsstörer ist derjenige, der sein Eigentumsrecht überschreitet, indem er sein Eigentum in einen polizeiwidrigen Zustand kommen läßt.

Störer - nach deutschem und nach schweizerischem Polizeirecht - ist derjenige, der ein ihm zustehendes Recht überschreitet und hiermit gegen die öffentliche Ordnung verstößt.

1) Seite 138.

2) Vgl. zu dem Verhältnis der Grundrechte zur freiheitlichen öffentlichen Ordnung oben Seite 197 ff.

ANHANG:

DIE GRUNDFÄLLE UND DEREN LÖSUNGEN ¹⁾

<u>Grundfall</u>	<u>Sachverhalt</u>	<u>Lösung</u>
Automaten-Fall	125	206, 222/223
Bäcker-Fall	62	66, 208
Balkon-Fall	165	165/166, 209
Baumschulen-Fall	151	152, 209
Beat- oder Jazz-Kapellen-Fall	106 Anm. 1	209/210
Borkumlied-Fall	106	209
Demonstranten- bzw. Gegen- demonstranten-Fall	116	207, 208, 210
Düsenjäger-Fall	33	34/35
Freikörperkultur-Fall	204 Anm. 3	204 Anm. 3
Gaststätten-Fall	110 Anm. 1	230/231
Gefängnishund-Fall	34 Anm. 4	34 Anm. 4
Hausangestellten-Fall	152	152, 184/185, 204
Heilsarmee-Fall	118	209
Immissionen-Fall	169	231/232
Kämpfer-Fall	60	61, 213
Kiosk-Fall	125	222
Konkubinats-Fall	205	205
Kreuzungs-Fall	164	209
Lawinen-Fall	45	45
Manöver-Fall	33	34, 34 Anm. 4
Müllablage-Fall	46	47, 98

1) Zum Sinn dieser Aufstellung vgl. oben Seite 33 Anm. 1.

<u>Grundfall</u>	<u>Sachverhalt</u>	<u>Lösung</u>
Nationalfront-Fall	64	65/66, 213
NPD-Fall	212	213, 213 Anm. 3
Obdachlosen-Fall	58 Anm. 2	58 Anm. 2
Öl-Fall	37	44 Anm. 1, 46
Ostermarsch-Fall	212 Anm. 4	212 Anm. 4
Plakat-Fall	108	204, 208, 212
Redner-Fall	118 Anm. 3	208, 209
Reklame-Fall	107	204, 221/222
Ruinen-Fall	43 Anm. 5, 152	44 Anm. 1, 152
Schauspielerin-Fall	171	204
Schießlärm-Fall	169 Anm. 1	169 Anm. 1
Schweinemästerei-Fall	133	230
Separatisten-Fall	214	214
Sitzstreik-Fall	210	212
Strohdach-Fall	134 Anm. 1	134 Anm. 1, 165/166
Tankstellen-Fall	155	220/221
Wahrsager-Fall	205	206

LEBENS LAUF

Am 20. August 1940 wurde ich als erstes Kind des Regierungsrats Edwin Ludwig Bergmann und seiner Ehefrau Erika geborene Budig in Dresden geboren.

Die Volksschule besuchte ich anfangs in Thüringen, später in Bad Dür rheim/ Schwarzwald. Anschließend besuchte ich von 1950 bis 1953 das humanistische Gymnasium in Donaueschingen und von 1953 bis 1959 das mathematisch-naturwissenschaftliche Gymnasium in Villingen/Schwarzwald, wo ich im Frühjahr 1959 die Reifeprüfung ablegte.

Im SS 1959 immatrikulierte ich mich an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg/Breisgau bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät. Nach acht Semestern Jura-Studiums bestand ich am 12. Dezember 1963 das Referendar-Examen.

An der Universität Basel immatrikulierte ich mich zum WS 1964/65. Am 19. November 1965 legte ich nach zwei Semestern Studium das Lizentiaten-Examen ab. Zum Doktor beider Rechte wurde ich am 2. Dezember 1967 mit dem Prädikat magna cum laude promoviert.

Herrn Professor Dr. Kurt Eichenberger möchte ich an dieser Stelle herzlichen Dank sagen für seine unermüdliche Hilfe und seine gezielten Ratschläge beim Werden der Arbeit.

Lutz Bergmann

